

# LOS NUEVOS MEDIOS AUDIOVISUALES COMO PRUEBA LEGITIMA EN EL PROCESO CANONICO

*ADRIAN GONZALEZ MARTIN*

SUMARIO: I. GENERALIDADES. II. NATURALEZA DE LOS NUEVOS MEDIOS AUDIOVISUALES EN CUANTO MEDIOS DE PRUEBA. 1. ¿Medios de prueba autóctonos o subespecies del documento? 2. La imagen, elemento significante en los medios audiovisuales. 3. El proceso de formación de la representación en estos medios. 4. El autor en los medios audiovisuales. 5. Signos manifestativos de la autoría en los medios audiovisuales. III. LEGISLACIÓN APLICABLE A LOS MEDIOS AUDIOVISUALES EN MATERIA PROBATORIA. IV. EFICACIA PROBATORIA DE LOS MEDIOS AUDIOVISUALES. 1. Eficacia probatoria de los documentos públicos realizados a través de los medios audiovisuales. 2. Eficacia probatoria de los medios audiovisuales que revisten el carácter de documentos privados. a) Eficacia probatoria a tenor del canon 1817. b) Supuestos fácticos para tal eficacia en relación con la autenticidad. c) Supuestos fácticos para dicha eficacia en relación con el contenido del documento. d) Eficacia probatoria fuera del campo de aplicación del canon 1817. 3. Eficacia probatoria del documento audiovisual viciado en su integridad física. V. PRESENTACIÓN DE LOS MEDIOS AUDIOVISUALES EN JUICIO. VI. LOS DOCUMENTOS AUDIOVISUALES ILÍCITAMENTE CONSEGUIDOS. 1. La prueba ilícita en el Derecho Canónico. 2. La prueba ilícita en relación con los medios audiovisuales. 3. Casuística de prueba ilícita en relación con estos medios. a) Grabaciones subrepticias de conversaciones telefónicas. b) Colocación de micrófonos o cámaras ocultos en lugares extraños. c) Grabaciones o tomas subrepticias con micrófonos o cámaras ocultas entre las ropas del interlocutor. d) Grabaciones o tomas subrepticias fuera de los lugares que garantizan la intimidad personal o familiar.

## I. GENERALIDADES

Está fuera de toda duda la gran contribución que al progreso humano han aportado los llamados medios de representación. Son ellos objetos materiales, cuya principal virtualidad consiste en materializar de manera estable y duradera las formas de las realidades concretas, de tal suerte que éstas puedan ser conocidas en un marco espacial y

temporal distinto de aquél en que las realidades tuvieron lugar. Con ello el campo del conocimiento se agranda de forma insospechada. No es extraño pues que tales medios constituyan los principales instrumentos de trabajo de todas las ramas del saber, incluido el Derecho.

Entre estos medios obtiene un lugar destacado la escritura, cuya aparición supuso un avance descomunal para el conocimiento humano y que a través de los siglos ha sido uno de los principales medios de representación con que ha contado la Humanidad.

El avance de las ciencias operado principalmente el pasado siglo ha traído como consecuencia el hallazgo de nuevos medios de representación, con mayor virtualidad representadora aún. Me refiero a lo que se ha dado en llamar «los modernos medios audiovisuales de representación». La fotografía, el cine, la banda sonora, la impresión discográfica, la grabación magnetofónica y la grabación de «video»<sup>1</sup>.

La fotografía no es otra cosa que la representación estática de una realidad corpórea obtenida dentro de una cámara oscura en un material especialmente sensible a la luz con capacidad, mediante un determinado tratamiento químico, de retener impresa la imagen sobre él proyectada.

El cine, desde este punto de vista, no es otra cosa que la representación dinámica de una realidad corpórea en movimiento obtenida al proyectar en pantalla, sucesivamente y a una determinada velocidad, las imágenes fotográficas obtenidas en los momentos sucesivos del movimiento.

La banda sonora consiste en una especial impresión operada por una imagen sonora en el celuloide de un film con la virtualidad de que, mediante un dispositivo reproductor especial, se produzca otra imagen sonora, análoga a la primera, al ser sometida la impresión a la acción de la luz que proyecta el film en la pantalla.

La impresión discográfica es igualmente una impresión operada por una imagen sonora en un disco de un material especial con la virtualidad de que, mediante un dispositivo reproductor igualmente especial, se produzca igualmente otra imagen sonora análoga a la primera.

1. También deben ser contados entre estos nuevos medios de representación el telégrafo, el teléfono y las emisiones radiofónicas o televisivas en directo, que igualmente poseen una gran virtualidad representadora, si bien resultan menos interesantes dentro del campo del derecho procesal (al menos en lo tocante a los medios de prueba) por limitar el agrandamiento de su radio de acción representadora a sólo lo espacial, manteniéndose la coincidencia temporal con la realidad representada.

La grabación magnetofónica es igualmente una impresión operada por una imagen sonora en una cinta magnética, con la virtualidad de que, mediante el oportuno dispositivo especial, se reproduzca una imagen sonora análoga a la primera.

Por último, la grabación de video es igualmente una impresión operada también en una cinta magnética por una imagen audiovisual cinematográfica con la virtualidad de poderse reproducir en la pantalla dicha imagen cinematográfica mediante el oportuno dispositivo.

La diferencia fundamental entre estos medios y la escritura estriba en que en éstos la grafía en lugar de los signos arbitrarios, está constituida bien por una imagen material (acústica, visual o ambas) de la realidad corpórea representada, bien por una impresión con virtualidad para producir dicha imagen, obteniéndose ambas (la imagen o la impresión) de la propia realidad al poner en juego las leyes físicas en que se basa el funcionamiento de estos medios. El conocimiento, por ello, a través de estos medios resulta más exacto y más rico en datos cognoscibles. De ahí que estos medios se hayan incorporado rápidamente al mundo instrumental de todas las ramas del saber y hasta del quehacer profesional de muchos hombres (periodistas, ejecutivos, detectives... etc.).

No todos son ventajas. La índole más o menos sofisticada de estos instrumentos hace que en ellos resulte más difícil advertir cualquier manipulación fraudulenta operada, con la consiguiente pérdida de la fiabilidad del conocimiento obtenido a través de ellos, cosa especialmente importante en el campo del derecho a la hora de poner en claro la realidad de los hechos jurídicos.

Ello explica la reticencia con que la jurisprudencia y la doctrina han recibido inicialmente estos instrumentos (principalmente las grabaciones magnetofónicas) para ser admitidos como medios de prueba en el proceso<sup>2</sup>.

Sin embargo la realidad se impone y en mayor o menor medida estos medios han terminado por irrumpir claramente dentro del campo del Derecho Procesal<sup>3</sup>.

En concreto, dentro del campo del Derecho Procesal Canónico tenemos las numerosas referencias a las fotografías como medios de

2. S.R.R.D. sentencia c. Pecorari de 28-7-43, dec. LXI vol. XXXV n. 22 pág. 660; S.R.R.D. sent. c. Pinna de 30-4-64 dec. 63 vol. LVI n. 4, pág. 329. NÚÑEZ LAGOS, *Concepto y clases de documentos*. Revista de Derecho Notarial 1957, pág. 21.

3. La admisión de fotografías como medios de prueba es anterior a la de los demás medios audiovisuales, habiendo encontrado menor resistencia su irrupción en el campo procesal. Obsérvense las fechas en las citas que siguen.

prueba, tanto en la jurisprudencia de la Rota Romana<sup>4</sup> como en la de Madrid<sup>5</sup>, la explícita referencia a las cintas magnetofónicas, como instrumento auxiliar de instrucción, de la Instrucción «*Dispensationis matrimonii*» sobre el matrimonio rato y no consumado de 7 de marzo de 1972<sup>6</sup>, y, más específicamente, las referencias de la Rota de Madrid<sup>7</sup> a dichas cintas, como medio de prueba perfectamente admisible en el proceso canónico.

Importa pues profundizar en el tema y, al hacerlo, referirnos fundamentalmente a estas dos cuestiones: naturaleza de estos objetos en cuanto medios de prueba y legislación aplicable a los mismos en el campo procesal canónico; cuestiones que serán completadas con las concretas referencias al tema de la eficacia probatoria de los medios en cuestión, al de la presentación de los mismos al proceso y al de la licitud de las pruebas en los casos de utilización de estos medios. Con ello conseguiremos una visión completa del tema objeto de este trabajo.

## II. NATURALEZA DE LOS NUEVOS MEDIOS AUDIOVISUALES EN CUANTO MEDIOS DE PRUEBA

### 1. ¿Medios de prueba autóctonos o subespecies del documento?

Lo primero que cabe preguntarse al abordar este tema, puesto que el sistema canónico no impone un *numerus clausus* de medios de prueba<sup>8</sup>, es si estamos en presencia de nuevos medios de prueba

4. S.R.R.D. dec. c. Caiazzo de 6-7-38; dec. c. Grazioli de 5-8-1940, n. 20 pág. 693; dec. c. Canestri de 6-3-1943, n. 2 pág. 20; dec. c. Pecorari de 2-8-44, págs. 593 a 596; dec. c. Fideicicchi de 27-7-48 n. 15 pág. 313.

5. S.R.N.A. sent. c. del Amo de 22-1-73 DEL AMO, *Sentencias, casos y cuestiones en la Rota Española*, Pamplona 1977, 111, 13, b); sent. c. del Amo de 3-10-73 (AMO, o.c. 130, 15); sent. c. del Amo de 4-2-74 (AMO, o.c., 139,20); sent. c. del Amo de 8-2-74 (AMO, o.c., 140, 16).

6. A.A.S., 64 —1972— 244 ss., II d).

7. S.R.N.A., c. del Amo, sent. interlocutoria de 4-12-1972 (AMO, o.c., 109, 6, c); sentencia de 5-8-76, citada por MONTÓN REDONDO, *Los nuevos medios de prueba y la posibilidad de su uso en el proceso*. Salamanca 1977, pág. 37.

8. En ninguna parte del *Codex* se hace enumeración taxativa alguna de los medios de prueba, limitándose a referirse a los que en concreto trata de regular. El *Schema de Procesibus* del futuro Código (COMMISSIO CODICIS IURIS CANONICI RECOGNOSCENDO, Roma MXMLXXVI) hace una referencia más explícita a la inexistencia de *numerus clausus*, al decir en su canon 168: «*Probationes cuiuslibet generis... admitti possunt a iudice*».

autóctonos, o si estamos en presencia de medios de prueba reductibles a algún específico medio de prueba de entre los aludidos en la Ley.

A este respecto la doctrina civilista se muestra dividida: Schultze<sup>9</sup> y Gómez Orbaneja<sup>10</sup> consideran a estos medios como objetos móviles sometidos a inspección ocular.

Sentís Melendo<sup>11</sup> lo considera como medio de prueba de carácter propio y autónomo; y esta parece ser la postura de la legislación procesal mejicana<sup>12</sup>.

Pero la postura más común es la de aquellos que reducen estos medios de prueba al específico designado bajo el apelativo de «documento».

Claro está; el problema de la reductibilidad de estos nuevos medios al documento depende de la mayor o menor comprensión que se otorgue al significado del vocablo «documento».

Para nosotros esta mayor o menor comprensión del vocablo debería venir determinada por el uso común de la gente. En este sentido, estimamos que la diferencia antes señalada entre la escritura y estas grabaciones o impresiones (sustitución, en la grafía de estas últimas, de los signos gráficos por la imagen o impresión productora de imagen) no es particularmente relevante, puesto que unos y otra encierran la razón de signo. En ambos casos nos encontramos ante una representación operada en un objeto material por un agente dotado de inteligencia y voluntad; cosa, en que, según el sentir común de la gente, consiste el documento<sup>13</sup>.

Por ello nos pronunciamos por considerar a estos nuevos medios como una subespecie del documento, cuyas particularidades trataremos de señalar a continuación.

9. SCHULTZE, *Zur Lehre vom Urkundeweise* en «Zit für das privat und. Off. Recht». XXII 1895 pág. 137 y ss. Citado por CARNELUTTI, *La prueba civil*, Buenos Aires 1955, pág. 159, nota n. 275.

10. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, vol. I. Parte General, Madrid 1976, pág. 339.

11. SENTÍS MELENDO, *El proceso Civil* (Estudio de la reforma procesal argentina), Buenos Aires 1957, pág. 230.

12. MONTÓN REDONDO, o.c., págs. 52 a 55.

13. Resulta especialmente significativo el constatar la frecuencia con que en el campo periodístico se aplica el vocablo «documento» a fotografías, filmaciones y hasta grabaciones videofónicas. «Documento sensacional», se repite una y otra vez ante las fotografías instantáneas que ocupan los titulares de los periódicos; «documento revelador», refiriéndose, por ejemplo, a las famosas cintas del «Watergate»; «documento que dio la vuelta al mundo», repitieron una y otra vez los Medios de Comunicación Social al referirse a la grabación videofónica obtenida por TVE de los acontecimientos habidos en el Congreso de Diputados español el pasado 23-F, 81.

## 2. *La imagen, elemento significativa en los medios audiovisuales*

Anotamos como primera particularidad ésta: que en los medios audiovisuales es la imagen —visual o acústica— el elemento significativo del documento. Me explico:

En todo documento se da un elemento corporal de índole muy variada (papel, pergamino... celuloide, cinta magnética, etc.) y un elemento formal: la representación. A caballo de uno y otro se encuentra el elemento significativo, que no es otra cosa que el conjunto de modificaciones efectuadas en el elemento material, que dicen relación a la realidad representada. Conocidas estas modificaciones por cualquier sujeto en otro contexto espacial o temporal, la realidad, con la que estas modificaciones dicen relación, se hace presente ante él, pasa a ser conocida por él: se ha operado la representación. Las modificaciones en cuestión reciben el nombre de grafía; la relación entre ésta y la realidad recibe el nombre de significación.

Precisamente por guardar relación con una realidad enmarcada en otro contexto temporal o locativo es por lo que mediante el conocimiento de la grafía llegamos al conocimiento de esa realidad; lo que equivale a decir que la grafía encierra en sí la razón de signo; signo que, en el caso de la escritura, es un signo arbitrario y consiste en una figura convencionalmente significativa mientras que, en el caso de los medios audiovisuales es o bien una imagen (que no es otra cosa que una figura cuyas formas son proporcionalmente análogas a las de la realidad representada) o bien una impresión con virtualidad de producir dicha imagen.

Ahora bien; no en todos los medios modernos audiovisuales es igual el modo con que el sujeto pasivo llega al conocimiento de la imagen. En la fotografía, al igual que acontece en la escritura con los signos gráficos, el conocimiento de la imagen se obtiene por visión directa del papel sobre el que se ha operado la impresión de la imagen; en el cine, en la impresión discográfica o magnética y en el video, la imagen se obtiene mediante un aparato reproductor.

En todo caso, el resultado es la imagen, que, por su relación de semejanza con la realidad representada, constituye el elemento significativo del medio.

## 3. *El proceso de formación de la representación en los medios audiovisuales*

Otra de las particularidades de estas subespecies de documento, que venimos estudiando, está constituida por el modo peculiar con que se llega a formar mediante ellos la representación.

En la escritura el proceso es el siguiente: El autor presencia la realidad o el hecho a representar, formándose en su mente la correspondiente imagen mental. Inmediatamente expresa en su interior los vocablos idiomáticos significadores de esa imagen mental y, en consecuencia, del hecho a representar. Por último produce en el elemento corporal la grafía con los signos gráficos correspondientes a los vocablos idiomáticos o lingüísticos. Por su parte el sujeto pasivo de la representación, percibiendo en otro lugar o en otro tiempo distintos esos signos gráficos, que corresponden a los vocablos idiomáticos, forma en su mente una imagen análoga a la imagen mental de la realidad o del hecho, que en su día se formó el autor, con lo que llega al conocimiento de la realidad o del hecho. Se ha operado la representación.

En los modernos medios audiovisuales el proceso es algo distinto: La grafía se produce *simultáneamente* al hecho de ser percibido el objeto de la representación por el autor, que no hace otra cosa que poner en juego los procesos físico-químicos en que se basa el funcionamiento de los aparatos. La imagen material que se forma en el elemento corporal (o la impresión productora de dicha imagen) no es el resultado de trasladar a la materia las formas mentales del autor, sino el resultado de trasladar directamente a la misma las formas de la realidad audiovisual mediante un determinado proceso fisicoquímico.

No obstante tampoco en la producción de los modernos medios audiovisuales deja de haber un proceso mental por parte del autor<sup>14</sup>. Lo hay al producirse previamente en la mente del mismo la imagen mental, que ha de ser la causa ejemplar del proceso eficiente puesto en marcha por el operador, y lo hay una vez producida la imagen, al comprobar el operador la correspondencia del resultado con la imagen mental propia formada simultáneamente con la propia imagen material, con la consiguiente aceptación del resultado como propio. Hasta entonces no hay documento. Falta, eso sí, la influencia previa de la imagen mental obtenida de la percepción del objeto.

De todas formas el proceso de formación de la representación a través de estos modernos medios proporciona indudables ventajas al conocimiento obtenido. En efecto; el hecho de que las imágenes men-

14. Por ello no estimamos exacta la afirmación de Carnelutti: «Hoy día existe la posibilidad mediante la fotografía y la fonografía de fijar los hechos en el objeto exterior sin necesidad de que éstos pasen a través de la psique humana», CARNELUTTI, *La prueba civil*. Traduc., Buenos Aires 1952, n. 35, pág. 159. Vid. GONZÁLEZ MARTÍN, *La prueba documental privada en proceso canónico*, Pamplona 1980, págs. 30 a 32.

tales tengan su expresión idiomática a través de vocablos, que con frecuencia responden a conceptos universales, cuya correspondencia con la realidad, a su vez, no deja de ser genérica, y el propio hecho de que el lenguaje no llegue a manifestar en toda su riqueza las formas mentales, hacen que el conocimiento obtenido a través de los modernos medios audiovisuales sea enormemente más rico y exacto que el obtenido a través de la escritura.

Las restantes particularidades dicen relación al autor y a los signos manifestativos de la autoría, que estudiamos a continuación.

#### 4. *El autor en los modernos medios audiovisuales*

El documento es esencialmente obra de un agente dotado de entendimiento y voluntad, llamado autor o documentador. No hay documento sin autor, aunque éste pueda no ser conocido. También el medio audiovisual tiene su específico autor, que no puede ser otro que aquella persona a cuya acción o colaboración principal se deba el que se pongan en marcha los mecanismos y procesos físico-químicos, cuyo resultado es la impresión, filmación o grabación<sup>15</sup>. Y esta persona no puede ser otra que el operador de las tomas fotográficas, filmaciones o grabaciones, su mandante y los que acepten el que su figura sea fotografiada, filmada o grabada o su manifestación oral registrada.

Una persona fotografiada, filmada o grabada, o cuya manifestación oral es registrada en banda sonora, disco o cinta magnética, sin ser advertida de ello, no puede ser considerada autora del documento. En ese caso la labor procesal encaminada a dilucidar la autenticidad de la figura representada o la voz registrada no es labor de autenticación del documento, sino de constatación de la verdad de su contenido.

#### 5. *Signos manifestativos de la autoría en los medios audiovisuales*

Se entiende por autoría el aspecto específico de la documentación que dice referencia a la identificación del autor o documentador. A veces la documentación es un hecho presenciado por testigos y a

15. Una fotografía, filmación o grabación que fuera el resultado de una acción fortuita de la Naturaleza no sería propiamente un documento y, a los efectos probatorios, habría que considerarlas como un ser mueble objeto de reconocimiento judicial.

través de ellos se puede llegar a identificar al autor; otras, es la propia manifestación de éste la que en determinadas circunstancias<sup>16</sup> nos facilita tal identificación. Pero las más de las veces es el propio documento el que nos proporciona diversos elementos de conocimiento que, con mayor o menor seguridad, por sí solos o con la ayuda de otros elementos extradocumentales, nos llevan a la identificación del autor. Tales elementos son los llamados signos manifestativos de la autoría, que en el caso del documento escrito, son la peculiaridad grafológica del autor<sup>17</sup>, la firma, a veces la huella dactilar y, en menor medida, el sello.

Tratándose de los medios audiovisuales tales signos manifestativos son la voz y la figura, pero sólo para el caso de personas que, debidamente advertidas, colaboran a la formación del documento con su voz y su figura; no, en principio, el *mero* operador de los dispositivos de toma o grabación. Por lo que al timbre de voz respecta, importa señalar que es un principio generalmente admitido por físicos y fisiólogos que cada persona tiene su propio y peculiar timbre de voz, debido a la diversidad morfológica de los diversos aparatos de resonancia que intervienen en la producción de los sonidos complementarios que integran el timbre de voz: la faringe, la cavidad bucal, los senos paranasales, etc. Este timbre de voz es único e irrepetible y, por muy perfecta que sea la imitación de la voz, no podrá llegar a ser tal que no pueda detectarse en un buen examen pericial.

En relación con la figura humana, su irrepetibilidad es un hecho universalmente aceptado y en ello se fundamenta este signo manifestativo de autoría.

No se conocen más signos manifestativos de la autoría en el caso de los medios audiovisuales<sup>18</sup>. Para suplir esta falta y ante las ventajas de que junto al propio medio audiovisual se encuentren tales signos, algunos autores aconsejan acudir al recurso de combinar estos medios con el documento escrito, haciéndolos beneficiarse de los sig-

16. En caso de reconocimiento por su autor de un documento de contenido «contra se».

17. Se dice que cada persona tiene una manera propia y exclusiva de escribir, irrepetible por las otras personas, de tal manera que en un examen pericial grafológico se podrá averiguar la distinta procedencia de un escrito fraudulentamente imitado.

18. En el caso de las filmaciones de cine o grabaciones videofónicas, la voz recogida en la banda sonora del celuloide o de la cinta magnética seguiría siendo signo manifestativo de la autoría de la voz, pero, dadas las técnicas del doblaje, que han llegado a una perfección insospechada, no lo serían de la correspondencia de la voz con la imagen. Se requeriría un examen muy detenido, normalmente pericial, para averiguar tal correspondencia.

nos manifestativos de la autoría de éste, v.g., firmando el autor sobre la fotografía, el celuloide, sobre el disco, sobre el cassette, envoltura lacrada de los mismos... etc., o realizando la filmación o grabación ante Notario, debidamente asistido de técnicos, autenticando éste en su envoltura el documento, bien para ser incorporado a su protocolo, bien para ser entregado a los interesados debidamente lacrado y sellado.

### III. LEGISLACIÓN APLICABLE A LOS MEDIOS AUDIOVISUALES EN MATERIA PROBATORIA

La cuestión que acabamos de estudiar, sobre la naturaleza de estos nuevos medios de representación en cuanto medios de prueba, es sin duda previa a la que acometemos en el presente epígrafe. De que aquellos sean considerados como medios de prueba autónomos o que sean considerados como una subespecie de prueba documental depende el que haya de aplicarse una legislación u otra.

En efecto; si son considerados como medios autónomos de prueba habrá de aplicarse a ellos por analogía<sup>19</sup> la legislación referente a la prueba documental, con *excepción* de la que diga relación al tema de la eficacia probatoria del medio, pues en este punto rige el principio de libre apreciación de la prueba por el juez. Y esto en virtud de lo establecido en el canon 1869 § 3, que, a nuestro entender, descarta el uso de la analogía en materia de apreciación de la eficacia probatoria de los medios de pruebas.

Si se considera a estos medios como una subespecie del documento deberá aplicársele pura y simplemente toda la legislación referente a la prueba documental, incluida la que diga relación al tema de la eficacia probatoria del medio. Sin embargo, en el caso de que un precepto legal se refiera expresamente<sup>20</sup> al documento escrito, tal precepto legal podrá aplicarse por analogía a estos medios, siempre y cuando el precepto legal no se refiera al tema de la eficacia probatoria, en cuyo caso y por la misma razón apuntada anteriormente deberá regir el principio de la libre apreciación de la prueba por el juez. Hará no obstante muy bien éste con aplicar la analogía con el

19. C.I.C., canon 20.

20. Nótese que no decimos «que esté redactado, pensando en el documento escrito», cosa que ocurre con todos los preceptos del *Codex* referentes al documento.

documento escrito también en las excepciones apuntadas, si no existen razones que aconsejen lo contrario, por aquello de que «*ubi eadem est ratio, ibi debet esse iuris dispositio*» o de la conocida glosa «*de similibus idem est iudicium*»<sup>21</sup>.

Habiéndonos pronunciado anteriormente por la reductibilidad de estos medios a la prueba documental, es obvio que hacemos nuestras las expresadas determinaciones para esta segunda hipótesis.

Ahora bien; aún en el caso de la pura y simple aplicación de los preceptos legales relativos al documento, dadas las particularidades anteriormente detalladas de estos nuevos medios, y teniendo en cuenta que con toda seguridad los preceptos relativos al documento fueron redactados sin tenerlos en cuenta, la aplicación conllevará de vez en cuando unas específicas determinaciones, que será útil poner de manifiesto en un estudio de los preceptos legales referentes a la prueba documental, contemplados en particular relación con estos específicos medios. Es lo que trataremos de hacer a continuación.

#### IV. EFICACIA PROBATORIA DE LOS DOCUMENTOS AUDIOVISUALES

##### 1. *Documentos públicos realizados a través de estos modernos medios*

Al abordar dicho estudio en relación con los cánones 1812 a 1816, la primera cuestión que surge es la de si existe la posibilidad de que se den medios audiovisuales que revistan el carácter de documentos públicos.

Dos son los motivos de duda. El primero estriba en el hecho de que los medios audiovisuales a veces carecen de signos manifestativos de la autoría; signos, que resultan imprescindibles para el documento público, pues sin ellos no hay posibilidad de que constituyan una «*probatio probans*» como por naturaleza lo son; es decir, que tengan eficacia probatoria sin necesidad de la ayuda de otras pruebas fuera del documento. El segundo motivo estriba en el hecho de que la propia ley en algunos casos exige la solemnidad de la suscripción<sup>22</sup> hasta de la propia escritura. Así creemos que nunca podrán ser recogidos en los medios audiovisuales los documentos aludidos en el número 4.º

21. C. 4. X I, 3.

22. CIC, cc. 1812-1816, 777, 798, 1010, 576 § 2, 1103.

del § 1 del canon 1813 del CIC. Los cánones 777, 798, 1010, 576 § 2 y 1103 del *Codex* exigen la forma escrita<sup>23</sup>.

Sin embargo el primero de los motivos no se da en los casos en que la falta de signos manifestativos ha sido suplida en el medio audiovisual con la forma escrita de la manera aludida anteriormente<sup>24</sup> ni en los registros sonoros o visuales en que el locutor y el actor hacen constar su advertencia a la grabación o la toma. Se dan los signos manifestativos de la suscripción, de la peculiaridad tímbrica de voz y de la peculiaridad de la figura humana. Las exigencias de solemnidades aludida en el segundo de los motivos no se da en todos los casos.

Hay pues posibilidad de que se den medios audiovisuales que revistan el carácter de públicos en algunos determinados casos. En concreto, en aquellos casos en que a estos medios se ha añadido la escritura, y en aquellos casos de grabaciones acústicas o tomas visuales en que los propietarios de la voz o la figura han sido advertidos de la documentación y en que la ley no exige concretamente la solemnidad de la escritura.

Otra cosa es la cuestión de si tal modo de documentar resulta útil en la práctica para los funcionarios documentadores. El tiempo habrá de decirlo.

Puestos ya en la hipótesis de un documento público materializado en estos medios modernos es de directa aplicación para ellos el canon 1814 que les otorga la presunción de genuinidad; es de aplicación el canon 1815, que admite la posibilidad de impugnación de una escritura: también un documento de esta índole puede ser impugnado en juicio tanto de inautenticidad como de falsedad o de falta de solemnidades precisas; y es también de aplicación el canon 1816, que restringe la eficacia de los documentos públicos a aquellos que en los mismos directamente se afirma, y esto, en el caso de haber documentado el notario a través de estos medios un acontecimiento o la manifestación de una persona, es el propio hecho de la documentación, el propio acontecimiento y el propio hecho de la manifestación lo que se autentica, no así la veracidad de esta última.

23. La solemnidad de la escritura aludida en estos cánones ¿es una solemnidad *ad valorem*, o no lo es, de modo que quepa p.e. la sustitución de los libros parroquiales por filmaciones o grabaciones videofónicas de la celebración de los sacramentos? No vemos clara la respuesta y, por supuesto, hoy día la cuestión nos resulta un tanto futurista.

24. Vid. B) 5.

## 2. *Eficacia probatoria de los medios audiovisuales que revisten el carácter de documento privado*

Al contrario de lo que acontece en el caso del documento público materializado en los medios modernos audiovisuales, el documento privado de igual modo materializado es un medio de prueba normalmente instalado en la práctica procesal, a pesar de la desconfianza proyectada sobre él inicialmente por la jurisprudencia<sup>25</sup>. Y en él encuentra también perfecta aplicación el canon 1817 del C.I.C., que hace referencia a la eficacia probatoria del documento privado. No viene mal, pues, que analicemos a continuación las particulares consideraciones a que puede dar lugar la aplicación del referido canon 1817 al caso de los documentos privados materializados en los medios audiovisuales.

a) Refirámonos en primer lugar a *qué clase de eficacia probatoria* otorga este canon al documento privado materializado de esta guisa. El canon en cuestión otorga al documento privado la valoración propia de la confesión extrajudicial; valoración a la que, ya se materialice la confesión en un escrito, ya se materialice en una manifestación oral<sup>26</sup>, el canon 1753 deja a la libre estimación del juez, una vez que haya considerado los *adiuncta rerum*.

Dos cosas resulta interesante hacer notar en lo que a este punto respecta: Primera, que son precisamente estos modernos medios los que proporcionan un mejor, exacto y completo conocimiento de dichos *adiuncta rerum*, por lo que a través de ellos el juez puede llegar mejor a una valoración acertada. Segunda, que, al igual de lo que acontece en los documentos escritos, la gama de valoración va, desde no otorgarles ningún valor hasta otorgarles valor de prueba plena, pasando por la semiplena. Y hacemos hincapié en esto segundo para hacer frente al hecho de que alguien, a la vista de las expresiones reticentes de la jurisprudencia anteriormente aludidas<sup>27</sup> pudiera pensar que la prueba plena era una meta inalcanzable para esta clase de medios<sup>28</sup>. Me explico:

25. Vid. epígrafe A).

26. «ya se materialice en una conducta que equivalga a una manifestación» añadimos nosotros, para referirnos a hechos que a veces suelen ser fotografados, filmados o grabados.

27. Ver citas 2 y 25.

28. Observen por contraste la positiva valoración de estos medios que se hace en la citada sentencia interlocutoria de 4-12-72, c. del Amo T.R.N.A. «El mérito de estas grabaciones puede ser muy valioso, igual que el correspondiente a manifestaciones extrajudiciales... Y si aún con todos estos medios sólo se

No cabe duda de que las cotas de perfección alcanzadas en las técnicas del trucaje, doblaje y montaje en fotografías, filmes y grabaciones, supresiones o constituciones de imágenes visuales o auditivas, sin que se advierta la falsedad fraudulentamente introducida, hacen que en principio se proyecten sombras de desconfianza contra la credibilidad de estos medios. Pero tales sombras pueden llegarse a disipar tras de la admisión del documento por su autor o tras del examen pericial en el que se constate la integridad del documento audiovisual. Y ello es así, en lo que a la admisión por el autor respecta, porque la admisión de un documento lleva implícita la afirmación de su integridad (afirmación creíble si se trata de una manifestación *contra se*); un documento interpolado o que ha sufrido sustracciones o sustituciones en sus imágenes o impresiones no es realmente el entero documento del autor. Y ello es así, en lo que respecta al examen pericial, pues si bien es cierto lo dicho en relación con la perfección alcanzada por las técnicas del trucaje, doblaje o montaje, no es menos cierta la enorme capacidad investigadora de los modernos laboratorios fotográficos o de investigación electrónica.

b) Nos referimos a continuación a los *supuestos fácticos del canon 1817 en relación con la autenticidad del documento audiovisual para su eficacia probatoria*; a saber a la admisión de la misma por la parte y a su reconocimiento por el juez<sup>29</sup>. Para cualquiera de estos dos supuestos prevé el canon 1.817 la eficacia descrita en el anterior apartado a).

Por lo que al primer supuesto respecta, interesa advertir que sólo en el caso de que el autor del documento o la persona, cuya imagen sonora o visual sea registrada en el documento, tengan la condición de parte, resultarán comprendidos en esta parte del canon que hace referencia a la constatación de la autenticidad por admisión. De no ser así, la admisión del mismo por el autor revestirá el carácter de prueba testifical para la constatación de la autenticidad por reconocimiento del juez, a que inmediatamente nos referiremos, y la admisión por la persona, cuya imagen sonora o visual es registrada en el

pudiera obtener una prueba incompleta, no por ello sería despreciable...» (AMO, o.c. 109, 6 c)).

29. A estos supuestos alude la sentencia últimamente citada cuando dice: «...cabe que al oír la grabación la persona a quien se le imputa, reconozca ante el juez la conversación como suya, y entonces vale el documento. Y si no la reconociera, el documento todavía podría tener su valor, si quien lo exhibe logra probar plenamente la identidad de la voz por medios aptos y legítimos, v.g. por peritos o personas expertas que utilicen métodos o instrumentos adecuados». (AMO, o.c., ib.).

documento, revestirá el carácter de prueba testifical para constatar la genuinidad o verdad intrínseca del documento.

Por lo que respecta al segundo supuesto del canon 1817 en relación con la autenticidad, es decir, al reconocimiento por el juez, interesa aquí reafirmar lo que acontece en cualquier clase de documento privado: que el juez podrá llegar a tal reconocimiento mediante cualquier otra clase de medios de prueba: documental, pericial, etc.

A propósito de la *prueba pericial*, igualmente interesa aquí hacer referencia a la prueba que, en analogía con la llamada «cotejo de letras», podría designarse con el apelativo de «cotejo de voces» o de «timbres de voz». Se basa esta prueba en el principio de la singularidad de los timbres de voz de cada hombre sentado por los fisiólogos y físicos acústicos, y consiste en la comparación del timbre de voz del documento sonoro periciado con el de otro sonoro de pertenencia indubitada al autor del primero; advertida en la comparación la identidad o diversidad de las voces, se concluye, con base en el anterior principio, la identidad o diversidad de sus agentes y en consecuencia la autenticidad o no autenticidad del documento.

Tal prueba pericial suele correr a cargo de peritos músicos, de foniatras y, con resultados más positivos, a cargo de aquellos institutos científicos en los que se llevan a cabo los llamados *espectogramas*; técnica consistente en la representación gráfica de las frecuencias de las resonancias a través de unos impulsos eléctricos, distintos en cada frecuencia, que dichas frecuencias producen<sup>30</sup>.

Para la práctica de esta prueba pericial lógicamente es de aplicación, por analogía, el canon 1800 del C.I.C., que literalmente hace referencia al cotejo de letras, trayendo a colación los términos «disco», «banda sonora», «cinta magnética», allí donde el canon expresa el término «escrito». Lógicamente el modo descrito en el § 3 de dicho canon, para la obtención de un escrito indubitado, deberá ser sustituido por el modo adecuado de obtener una grabación indubitada, que no será otro que el que la persona, a quien se atribuye la paternidad de la voz periciada, repita delante del juez, debidamente asesorado por los técnicos, ante un micrófono de grabadora y para ser grabadas, las mismas palabras contenidas en el documento periciado.

c) Nos referimos seguidamente a *los supuestos del canon 1817 en relación con el contenido del documento* en los casos que estudiamos.

Nos interesa sólo hacer notar dos cosas: primera, que al aplicar la frase del canon 1817 «*probat adversus autorem vel suscriptorum*»

30. Vid. MONTÓN REDONDO, o.c., págs. 138-149.

a los numerosos casos de documentos de este tipo carentes de firma, habrá que hacer caso omiso de la expresión «*vel suscriptorem*».

Y segunda, que han de ser consideradas personas extrañas al documento aquellas cuyas figuras fueron fotografiadas o filmadas o sus voces fueron gravadas, sin su advertencia y consentimiento.

d) Por último dentro de este epígrafe nos referimos a la *eficacia probatoria fuera del campo de aplicación del canon 1817*, en el caso de documentos audiovisuales, allí donde en virtud del canon 1869 § 3 tenga aplicación el principio de libre apreciación de la prueba por el juez. Me refiero fundamentalmente al caso de documentos de contenido «*pro se*» del autor y a la vez «*contra se*» de la persona cuya voz o figura son registradas en el documento sin su conocimiento o advertencia, y que por excepción son admitidos en el proceso<sup>31</sup>. Es evidente que esta segunda persona es un extraño al documento en el sentido del canon 1817. Pero su manifestación oral o virtual a través de su comportamiento resulta creíble toda vez que se trata de manifestación no interesada; lo que no deja de aprovechar al autor a pesar de que le favorezca, lo mismo que aprovecha la declaración desinteresada de un testigo. En estos casos, casi siempre resulta necesario confirmar la paternidad de la voz o de la figura, ordinariamente mediante la admisión de tal paternidad por la persona en cuestión o mediante la prueba pericial del cotejo de voces, cuestiones que, según ya se dijo, dicen relación a la genuinidad o verdad intrínseca del documento y no a su autenticidad.

### 3. *Eficacia probatoria del documento audiovisual viciado en su integridad física*

Tocante a este punto huelga decir que el canon 1818 del CIC, en donde se deja al arbitrio del juez la valoración de la eficacia probatoria del documento viciado en su integridad física, es perfectamente aplicable al caso de los documentos audiovisuales viciados de tal modo.

Lógicamente, el juez, en el ejercicio de esta facultad arbitral, deberá atender a si el vicio afecta a una parte sustancial del documento o no, para otorgarle mayor o menor eficacia probatoria.

Por lo demás, conviene tener presente el siguiente dato: La mani-

31. Cuando la comparecencia de tal persona en juicio es imposible, o muy difícil, o no conveniente, o cuando resulta de especial utilidad la aportación de tal documento por el número y calidad de datos que ofrece, sin perjuicio de su ratificación en comparecencia personal del manifestante.

pulación sobre esta clase de documentos requiere el empleo de técnicas de trucaje, fotocomposición o montaje nada elementales, de resultados notables de perfección, que hacen que normalmente sea preciso el examen pericial para detectar el vicio inferido al documento. Ello arguye mayor dolo en el manipulador, lo que no deja de causar merma en la fiabilidad del documento.

No siempre sin embargo resulta especialmente dolosa esta manipulación. Así, no haríamos hincapié en insistir en esta especial calificación en caso de manipulaciones realizadas con el fin de efectuar correcciones de estilo, mejorar imágenes, eliminar imperfecciones de toma, si las manipulaciones se realizaron en partes no sustanciales del documento y, sobre todo, si los autores lealmente advierten de la entidad de las manipulaciones hechas en el laboratorio.

#### V. PRESENTACIÓN DE LOS DOCUMENTOS AUDIOVISUALES EN JUICIO

De conformidad con la doctrina que hemos sentado anteriormente<sup>32</sup>, son de perfecta aplicación, al caso de los documentos que estudiamos, los cánones 1819 y ss. del C.I.C. Sólo añadiremos un par de particularidades a propósito de dicho canon 1819.

La primera, que la parte que aporta un documento de esta índole, que requiera para la percepción de su correspondiente imagen un adecuado aparato reproductor, deberá aportar dicho aparato junto con el documento. Este dato, que suele estar recogido en las legislaciones civiles que hacen mención especial de esta clase de pruebas<sup>33</sup>, es una consecuencia lógica del principio de disposición de las partes, sancionado por los cánones 1618 y 1619 del *Codex*. Sin ello no habría verdadera aportación de prueba.

La segunda, que, ofreciendo estos medios la posibilidad técnica de reproducir mecánicamente muchos ejemplares de la toma, deberán ser considerados ejemplares originales sólo y todos aquellos que contengan los correspondientes signos de autoría; los demás serán considerados como copias. En consecuencia serán considerados originales los documentos que, p.e., tengan añadido en original (v.g. fotocopias con firma original —no fotografiada—) el oportuno signo de autoría.

32. Vid. epígrafe C).

33. Por ejemplo las mejicana y guatemalteca. Vid. MONTÓN REDONDO, o.c. págs. 53 y 55.

## VI. LOS DOCUMENTOS AUDIOVISUALES ILÍCITAMENTE CONSEGUIDOS

Réstanos finalmente aludir al tema de la prueba ilícita, que tiene una incidencia especial en esta clase de documentos, como se verá en la casuística, que después analizaremos.

### 1. *La prueba ilícita en el Derecho Canónico*

No es unánime el sentir a este respecto de los autores dentro del campo civilista como tampoco es uniforme la voz en el campo de la legislación estatal. Hay autores que, como Muñoz Sabaté<sup>34</sup> y Guasp<sup>35</sup>, luchando por los fueros de la verdad objetiva, proclaman sin más la admisibilidad de cualquier clase de pruebas, aún de las ilícitamente obtenidas, sin perjuicio de pasar el tanto de culpa a lo criminal por la comisión del delito. Otros en cambio, como Silva Melero<sup>36</sup>, Manresa y Navarro<sup>37</sup> y Devis Echandia<sup>38</sup>, afirman rotundamente la inadmisibilidad de las últimas. Por su parte el sistema legal norteamericano, de conformidad con la concepción tradicional del «common Law», hace realidad jurídica la primera de las opiniones, mientras que, en mayor o menor medida, los sistemas italiano y alemán hacen realidad la segunda.

Dentro del campo canónico el unánime sentir de los autores se pronuncia sin reservas por la inadmisibilidad de la prueba ilícita con base en el conocido principio de que el fin no justifica los medios y en que nadie debe sacar provecho del dolo. Tanto, que al dar un concepto restringido de prueba, la definen como «*rei dubiae ostensio per legitima argumenta*»<sup>39</sup>.

El propio *Codex*, sin formulación expresa de esta doctrina, la da por sentada, al definir en el canon 1552 al juicio como «*legitima disceptatio et definitio*», y la aplica en los cánones 1755 § 2 y 1757 § 3 n. 2. El *Schema de processibus* del futuro Código hace una formulación más expresa de esta doctrina al decir en su canon 168: *Probationes*

34. MUÑOZ SABATE, *Técnica probatoria*. Barcelona 1967, págs. 77 a 80.

35. GUASP, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid 1947, tomo II, vol. I, pág. 583.

36. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid 1929, vol. III, pág. 268.

37. SILVA MELERO, *La prueba procesal*. Madrid 1964, vol. I, pág. 67 a 71.

38. DEVIS ECHADIA, *Nuevo procedimiento colombiano*. 1970, pág. 126.

39. WERNZ-VIDAL, *De processibus*, n. 42; LEGA-BARTOCETTI, *Com. in Iud. Eccl.*, II, p. 628, n. 1.

*cuiuslibet generis, quae ad causam cognoscendam utiles videantur et sint licitae, admitti possunt a iudice.*

En consecuencia, la jurisprudencia canónica se pronuncia por los mismos derroteros. Es más, sienta la doctrina de que «si la ilicitud no se descubre en el momento de la admisibilidad de las pruebas, siempre queda su irrelevancia o ineficacia en la hora de la estimación, cuando el juez tiene que calificar las pruebas para decidir la controversia» (T.R.N.A., sentencia c. del Amo, de 4 de febrero de 1974)<sup>40</sup>.

Se entiende por prueba ilícita, o mejor, medio de prueba ilícito, aquel que se aporta al proceso mediante la transgresión de una ley, positiva o moral (v.c. por sustracción, ilegítima interferencia, etc.), o que en su propia confección constituye una violación de las mismas.

## 2. La prueba ilícita en relación con los medios audiovisuales

Esto segundo (confección ilícita del medio) tiene especial incidencia en el caso de los medios audiovisuales por la facilidad con que pueden ser confeccionados subrepticamente; es decir, sin advertencia de los propietarios de la imagen o la voz a que aquellos dan lugar, y con violación de las leyes, muchas de ellas constitucionales, que tutelan el secreto, la intimidad de las personas y el derecho a la propia imagen<sup>41</sup>.

El problema está en determinar en cada caso la existencia de tal violación, dada la falta de nitidez con que a veces viene formulada la tutela de los referidos derechos en algunos de los citados textos legales; aparte de que, por tratarse de bienes que no siempre son absolutos y que han de ceder ante bienes de rango superior, no

40. AMO, o.c., 139, 7.

41. Véase los que dicen a este respecto los artículos 18 y 20 de la vigente Constitución española: «Art. 18.1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar a la propia imagen. 2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. 4. La Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos».

«Art. 20.—1. Se reconocen y protegen los derechos... d) a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades... 4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia».

siempre resulta fácil sopesar la importancia de dichos bienes contrapuestos.

Tal vez ayude un poco analizar la casuística al respecto más generalizada.

### 3. *Casuística de prueba ilícita en relación con los medios audiovisuales*

#### a) *Grabaciones subrepticias de conversaciones telefónicas*

La doctrina suele tratar este caso en analogía con el de la violación de la correspondencia, entendiendo que ambas clases de comunicaciones son secretas, constituyendo en consecuencia violación ilícita de secreto cualquier grabación de conversación telefónica sin el consentimiento de alguno de sus interlocutores<sup>42</sup>.

Aquí en España la grabación subrepticia de conversaciones telefónicas constituye una clara violación del artículo 18 núm. 3 de la Constitución.

#### b) *Colocación de micrófonos o cámaras ocultos en lugares extraños*

Se trata de colocación de micrófonos o cámaras ocultos en lugares que están bajo el dominio de un extraño. El ingreso en dichos lugares y la consecuente colocación de los aparatos grabadores o filmadores, sin consentimiento de sus dueños, constituye una violación del derecho al uso exclusivo de los lugares por sus propietarios, resultando en consecuencia ilícita la grabación o la toma.

#### c) *Grabación o tomas subrepticias con micrófonos o cámaras ocultas en las ropas de un extraño, que legítimamente accede al interior del domicilio de su interlocutor. Creemos que tales grabaciones constituyen una violación del derecho a la intimidad personal y familiar<sup>43</sup>, siendo ilícitas en consecuencia.*

42. No creemos ilícita la escucha de conversación telefónica, ni en consecuencia la grabación, por un teléfono auxiliar, con el consentimiento de uno de los interlocutores y desconocimiento del otro, a menos que este otro previamente haya impuesto secreto commiso de la subsiguiente conversación telefónica al primero. Para la exigibilidad de tal secreto commiso obviamente se requiere la aceptación por este primero del secreto a confiar.

43. Art. 18 n. 1 de la Constitución Española.

¿Seguirán siendo ilícitas tales grabaciones o tomas si fueran llevadas a cabo bajo la responsabilidad de alguna de las personas del componente familiar, cuya intimidad se viola? Aventuramos la respuesta de que tales grabaciones o tomas serían lícitas al menos en el caso de que las acciones o conversaciones filmadas o grabadas en la intimidad fueran lesivas para la persona que las hacía filmar o grabar v.g. la filmación o grabación ocultas de actos seviciales a un cónyuge por el cónyuge agredido. Se trataría en el caso de un acto de legítima defensa.

d) *Grabaciones o tomas subrepticias fuera de los lugares que garantizan la intimidad personal o familiar*

Son lícitas si fueron llevadas a cabo en lugares públicos. Si fueron llevadas a cabo en lugares no públicos deberían ser consideradas como violaciones al derecho de la propia voz o imagen, a menos que se tratara de una entrevista personal con quien hace la grabación o toma subrepticia. De no haberse previamente aceptado un secreto conmisso, todo el mundo tiene derecho a informar sobre lo visto u oído, ya oralmente ya a través de otros medios, aún en el caso de grabación o toma inadvertida por el otro interlocutor. En cambio, sería ilegítimo si a éste se le hubiera asegurado el hecho de no ser visto u oído por nadie, pues la grabación convierte en mentirosas estas palabras.