

Pruebas Ilícitas

HERNANDO DEVIS ECHANDIA

Para mí es un honor muy grande que me hayan permitido usar esta tribuna desde donde estoy seguro los más ilustres juristas argentinos y muchos extranjeros se han dirigido a ustedes.

Es un honor que aprecio sinceramente y del cual no me considero en realidad, de verdad, en mérito.

Me dijeron que dictara una conferencia sobre prueba judicial, en la inmensa vastedad de este tema, he escogido, el de las **pruebas ilícitas** por considerar que una de las materias más importantes dentro del ámbito probatorio y que en la actualidad sigue ensanchándose con el aporte que constantemente los juristas y en particular los especializados en las pruebas judiciales siguen dando en una materia que jamás podrá agotarse en el estudio de nadie.

Este concepto de las pruebas ilícitas y de su nulidad es de una trascendencia inmensa para que la justicia judicial se humanice, se limpie de los rezaños que tiempos oscuros dejaron y para que se logre con él una tutela eficaz, de la persona humana, de sus derechos fundamentales, de los principios más importantes no solamente del derecho probatorio y del Derecho procesal en general sino el derecho común todo, como son los del debido proceso, los de las garantías para el ejercicio del derecho de defensa, los de la necesidad de oír y vencer a la persona para imponerle una condena, los de la lealtad en la lucha procesal y otros que veremos a continuación.

No se trata de una simple teoría abstracta, no se trata de presentar elucubraciones sin más interés que el académico; por el contrario, se trata de un concepto que debe tener aplicación práctica en los procesos de todas las clases, civiles, penales, laborales, contencioso-administrativos, etc. y de ahí su importancia tan grande porque, cuando se olvida o no se aplica, se producen más deformaciones en la administración de justicia que la corrompen y que la convierten de instrumento para la tutela de las personas en instrumento para la violación de su vida, de su derecho, de su dignidad, de su honor.

Sin duda alguna se civiliza a la justicia judicial con este concepto de que no es posible en la lucha procesal darle validez o eficacia a pruebas que estén manchadas de ilicitud.

El problema es quizás, establecer el concepto en forma tal que no se confunda con la simple nulidad de los actos procesales probatorios, sino que tenga una entidad propia y yo creo que ya, actualmente, se ha logrado llegar a esa meta.

También uno de los fines que más inquietan a los procesalistas en todo este planeta desde hace años y que sigue siendo tema de reuniones a título internacional y nacional es el de la humanización de la justicia.

El de darle más contenido humano a la justicia, así, el Congreso Internacional de Gante de hace 3 años largos se dedicó exclusivamente a este tema, y se continuará estudiando, en el nuevo Congreso Internacional de Alemania en este año en el mes de septiembre próximo; pero, ¿podrá hablarse de un proceso humanizado si en él se utilizan pruebas ilícitas?

A mí me parece imposible que eso se acepte, ¿un proceso en el cual se utilicen por las partes y especialmente por los funcionarios encargados de dirigirlo y de decidirlo, pruebas ilícitas, es un proceso totalmente deshumanizado, porque uno de los aspectos de las pruebas ilícitas es precisamente el que atenta contra todo aquello que he mencionado, contra la vida, la dignidad, el honor, la integridad de las personas, contra sus derechos fundamentales.

Es por consiguiente un concepto que trata de ponerle un límite a esa lucha probatoria inevitable siempre que hay contención en los procesos. Tanto en materia penal como en las otras materias. Porque no puede aceptarse que esa lucha procesal sea como una guerra en la cual el "fin justifique los medios" de manera que se pueda recurrir aún a las peores atrocidades con el pretexto de querer encontrar la verdad para aplicar la sentencia.

Sin duda alguna es importante en el derecho moderno el principio de la libertad de medios de prueba, en el sentido de no ligar al juez exclusivamente a aquellas clásicas que mencione la ley, ya conocidas: la confesión, el testimonio de terceros, la peritación, la inspección judicial, los documentos y los indicios.

Ya el Código Colombiano, de Procedimiento Civil de 1970, aplicable en esto a procesos laborales y contencioso-administrativos, luego de enumerar estas clases de medios probatorios agrega que también el juez puede utilizar cualesquiera otros que considere convenientes, para

la investigación de los hechos, es decir (el agregado es mío) para llegar en el mayor número de casos a la sentencia justa, porque creo que ustedes estarán de acuerdo conmigo, que la peor injusticia es la que se comete por quienes administran la justicia, la que se comete con el pretexto de darle justicia a las personas que recurren en búsqueda de la solución de sus problemas a través del órgano judicial del Estado.

Pero no significa esto que, si se puede libremente por los jueces utilizar medios diferentes a los clásicos mencionados, también, están en libertad de utilizar toda clase de procedimiento para que esos medios sean aducidos o practicados en el proceso.

Este es el aspecto delicado del asunto, donde puede fallarse para entrar en ese terreno de las pruebas ilícitas. Un testimonio es una prueba lícita; una confesión, es una prueba lícita; pero si aquel o ésta se obtienen mediante coacciones, mediante violencia, mediante tortura, así sea ésta de los refinados métodos psíquicos u otros que en los últimos tiempos se vienen utilizando en ciertas clases de justicias, ya ese medio que en abstracto es lícito, se convierte en un medio ilícito de administrar justicia.

Tampoco se puede aceptar que con el pretexto de investigar los hechos y buscar la verdad se viole el derecho constitucional de defensa. Y con estas pruebas ilícitas ocurre que no puede decirse que se está respetando el derecho constitucional de defensa, cuando a una persona lo someten a torturas para arrancarle una confesión, por ejemplo.

Ni cuando se violan las prohibiciones legales para la reserva que se otorga a ciertos documentos ni cuando se obliga a un profesional por coacción a violar el secreto profesional que la ley establezca. En todos estos casos se está produciendo un desvío comparable a lo que puede ser la invasión del cáncer en un cuerpo humano.

Es un cáncer de la justicia el que se utiliza en esos procedimientos. Ni tampoco con este pretexto de investigar la verdad, se puede llegar a dejar sin derecho de contradicción de la prueba, bien sea al imputado o procesado en materias penales, como a las partes demandantes y demandadas de los otros tipos de procesos.

Ni se pueden desconocer las prohibiciones que, en un sistema legal determinado llegan a existir para el uso de determinados medios o para investigar determinados hechos, que también puede ser el caso.

Ni tampoco olvidar que cuando la ley dispone que se debe oír y vencer en juicio para imponer una condena, el alcance de este principio llega también a la prohibición de los medios ilícitos de prueba, especialmente esos que violan la espontaneidad, la voluntariedad de las pruebas aportadas por sujetos humanos como es la confesión, el testimonio de terceros y la peritación, e inclusive la inspección judicial.

Porque ese vencimiento debe ser a través de los medios probatorios permitidos por la ley y que además aun cuando la ley no lo diga expresamente no estén viciados o manchados por circunstancias que los conviertan en ilícitos, o por procedimientos ilícitos.

Yo considero que no hace falta la consagración en los textos legales del principio del rechazo a todos los medios probatorios que puedan aparecer como ilícitos y el concepto de ilicitud, no es el separarse de las normas expresas establecidas por el legislador, sino además fundamentalmente el separarse de los principios de la moral procesal, de la ética procesal y del respeto a la persona humana dentro del proceso.

Lo mismo digo respecto al principio constitucional del debido proceso, no significa esto solamente que haya cualquier sistema procesal para juzgar a una persona sea en lo penal en lo civil o en cualesquiera otros asuntos. El debido proceso es un concepto muy amplio, comprende también la prohibición de que en ese proceso se están practicando o utilizando pruebas ilícitas, así como la prohibición de que esos procesos dejen de tramitarse por sus jueces naturales, y sean entregados a personas que de ninguna manera pueden tener carácter de jueces naturales; en Colombia lo hemos sufrido, cuando se entrega a la justicia militar el juzgamiento de delitos no castrenses por encontrarse el país en estado de sitio.

También hay que recordar que existen como principios fundamentales del proceso en general y como principios fundamentales de la prueba en particular los de la buena fe, la lealtad y la moralidad y no puede armonizarse estos conceptos con el uso en los procesos de las pruebas ilícitas.

Resulta de lo anterior que cuando el legislador solamente autoriza determinados medios taxativos (los clásicos conocidos) y también cuando el legislador permita al utilizar cualesquiera otros medios que en su concepto sean útiles para la investigación procesal, se debe entender que aquellos y éstos deben ser usados por las partes y por los funcionarios judiciales de tal forma que se esté respetando e impidiendo mejor desviaciones que pueden convertirlos en el uso ilícito de lo que la ley autoriza, en el abuso de los instrumentos para la investigación de los hechos en el proceso.

Y violan el principio de la espontaneidad de la prueba, en cuanto se entienda por esto, que aquellas que consistan en la comunicación por seres humanos a los funcionarios encargados del proceso de su conocimiento respecto a los hechos que interesan a este, se haga esa comunicación de manera que sea el producto de la voluntad de la persona, sujeto activo de esa prueba.

La parte cuando confiesa o simplemente declara, ya que en la declaración de parte puede o no contenerse una confesión, el testigo cuando es un tercero, el perito cuando rinde su dictamen y el juez cuando

deja constancia en el acta de las inspecciones judiciales, lo que ha podido percibir con sus sentidos, deben obrar libre y espontáneamente.

Entonces, cualquier medio, cualquier conducta o cualquier instrumento que se utilice para que desaparezca la voluntariedad de esa declaración o de ese concepto técnico científico o de esa narración contenida en el acta de la inspección judicial, hace convertir a esa confesión, a ese testimonio, a ese dictamen pericial o a esa inspección judicial en una prueba ilícita.

Veamos entonces los distintos casos en que se pueden presentar pruebas ilícitas ¿cuáles son las causas o motivos que convierten en ilícita una prueba judicial?

Tenemos en primer lugar la ilicitud por el procedimiento utilizado para la prueba que es a la que me he venido refiriendo cuando se aplica no solamente tortura, que ya de por sí es una verdadera monstruosidad, aterra pensar que cómo durante siglos se pudo aceptar como lícita la tortura para lograr la confesión de las partes ajusticiadas e inclusive la tortura para obtener testimonios de terceros, algo tan monstruoso nos produce escalofrío y duró siglos siendo así que se trataba de poner a prueba la resistencia al dolor de las personas para saber en qué momento el dolor las obligaba a declarar en la forma que el investigador quería obtener; esto es la negación de la prueba, la negación de la justicia, pero no ha desaparecido, solamente han desaparecido las normas que la autorizaban y se sigue practicando, especialmente en procesos de tipo político, entre las líneas negras de los códigos, caminando como dice alguien, entre los vacíos blancos que quedan en la redacción de las normas legales; lo único que ha cambiado es, pues, que ya se hacen subrepticamente, aun cuando en ocasiones se hacen con tal descaro que llegan a conocimiento general de la sociedad.

Para mí no es necesario el tormento propiamente, para mí es ilícita la prueba desde que se aplique coacción de cualquier clase y en cualquier magnitud sobre las personas.

Coacción física, coacción psíquica, coacción moral; para mí bastarían los gritos desaforados y desgarradores del interrogador que pueden producir en personas de poco temple, el desplome de su voluntad para el efecto de declarar lo que quiere obtener el investigador y no lo que realmente le conste a esa persona.

Pero también tenemos la ilicitud en el procedimiento para el caso que se hurten documentos por una parte para llevarlos al proceso, me estoy refiriendo a documentos que a él no le correspondan no le pertenezcan, que se sustraigan violando, bien sea, la reserva legal de ellos, el secreto profesional, bien sea simplemente el derecho que se tiene a conservar el documento. Llevado en esa forma al proceso en mi opinión sería igualmente una prueba ilícita e igualmente el caso de que el juez se apodere de un documento utilizando su autoridad, es decir contra la voluntad de la persona tenedora del mismo cuando la ley no lo

autoriza para ello y peor todavía si se trata de un documento que forme parte del secreto profesional o de una reserva legal, es decir, cuando la ley está prohibiendo al juez que se apodere de él y lo lleve al proceso.

Inclusive creo que es una prueba ilícita, cuando se agreguen su brepticamente al proceso documentos que aparezcan allí, sin que se haya cumplido con la virtualidad procesal de ser presentados en forma legal y ser aceptados por providencia del juez.

Que se pongan en un descuido mientras el abogado esté revisando el expediente, se pongan allí para que queden como si formaran parte de los que sí han cumplido con la ritualidad legal para su acceso al proceso. Puede suceder que en la práctica el caso sea muy raro, pero cuando estamos teorizando debemos contemplar las posibilidades por lejanas que sean.

Y también tenemos el caso de los testimonios y del dictamen pericial, adquiridos por soborno o cohecho; no puede negarse que es una conducta absolutamente ilícita, que ese mercado de testimonios es completamente contrario a la moral y la lealtad de los actos procesales y es profundamente ilícito ese testimonio falso o ese dictamen pericial falso.

En **segundo lugar** tenemos el caso de la ilicitud de la propia prueba aun cuando el procedimiento adoptado sea corriente y normal. Sucede por ejemplo, cuando sin que la ley lo prohíba expresamente se utilice una inspección judicial en forma tal que se atente contra la dignidad humana. Recuerdo que un amigo mío, abogado prestante, me consultaba una vez que en cierta provincia colombiana, un juez de instrucción en un proceso por estupro en el cual él estaba defendiendo al imputado, ordenó la reconstrucción de los hechos. Parece imposible que haya ocurrido, pero ocurrió, y socarrón mi amigo, resolvió llevar la idea e ir a la diligencia y ver cómo el juez iba paso a paso diciendo.

Juez: Bien, en dónde se encontraron.

Imputado: Ah..., yo estaba parado en la puerta de mi piecita en mi pueblo cuando ella venía, con su libro del colegio, yo la detuve y comencé a hablarle.

Juez: Ah..., allí comenzó todo, y bueno continúe.

Imputado: Y yo, entonces, le hablé muy bonito, le inventé y la invité a seguir y ella siguió; es cierto, señorita? sí, como no.

— Y ella siguió avanzando, hasta cuando llegó el momento casi de la consumación y le dice mi amigo:

— Doctor mire que usted, va a ejecutar aquí un estupro procesal.

De manera que vean cómo a veces la realidad es más amplia que la imaginación, porque ninguno de ustedes se hubiera podido imaginar

que, ocurriera, en esa especie de inspección, la reconstrucción de los hechos, sin duda prueba un poco mixta, porque se pueden oír testigos y se interroga a las partes, pero tiene de inspección judicial; pues ahí les cuento un caso histórico colombiano no es un caso para enorgullecer al Poder Judicial nuestro, pero es la verdad.

Pero también, tenemos el caso de someter a una persona contra su voluntad a tratamientos que destruyan su voluntad, su conciencia o su personalidad, a base de drogas, como el suero de la verdad y otras o a base de hipnosis o por cualquier otro sistema, para luego recibirle, el testimonio o la declaración de parte buscando conseguir así una confesión.

En **tercer lugar** tenemos la prohibición impuesta por la ley para utilizar determinado medio de prueba en una clase especial de procesos.

Puede ocurrir. Recuerdo que en materia agraria para declarar la extinción del dominio de tierras, no cultivadas o mal cultivadas, una ley colombiana durante bastante tiempo prohibió el uso de la prueba testimonial.

Puede ocurrir que un legislador que no siempre es lógico produzca leyes ilógicas y no siempre son juristas y de pronto sale una ley reñida con lo jurídico y prohíban para un determinado proceso, los testimonios o la peritación u otro medio cualquiera.

Esa prueba sería ilícita por violar esa prohibición legal. Y puede ocurrir que se prohíba sólo para unos procesos determinados o podría ocurrir que se eliminara para todo tipo de procesos, cosa que ocurrió, pero esta vez, no para entrar en el terreno de lo ilícito sino para rescatar de lo ilícito la administración de justicia, cuando se comenzó a prohibir el tormento como medio probatorio.

Y qué decimos de aquellos más antiguos medios de los duelos judiciales que se ponía a un forzado luchador a pelear con el imputado debilucho e inexperto, porque Dios le haría ganar la batalla si era inocente, lógicamente que perdía; o lo sumergían 20 minutos en el agua, si no se ahogaba era porque era inocente, porque Dios lo salvaba. Esos medios son ilícitos de una manera protuberante y sin embargo la ley los autorizaba.

Tenemos también la ilicitud de las pruebas que se practiquen para investigar un hecho que la ley prohíba investigar; por ejemplo: la verdadera paternidad del hijo de mujer casada.

Pero mientras se mantuvo esa prohibición y en los países donde todavía se mantenga en forma que en vida del padre solamente, este, puede discutir la paternidad del hijo de su esposa, tenemos que de violarse se producirían, la ilicitud de los medios normales que se utilizaran para esa investigación.

Y tenemos también como quinto caso, cuando se trate, de pruebas con las cuales se viole el secreto profesional o la reserva legal, que a determinados documentos exista; ya había hecho una mención a esto en la introducción.

Naturalmente me refiero a que el juez, practique la prueba obligando al profesional a violar el secreto, cuando este le ha manifestado que no lo desea violar, si la ley le permite a él escoger entre dar o no la declaración; cuando la ley diga que solamente el cliente puede levantar el secreto, pues habría una ilicitud aun cuando el profesional, voluntariamente lo violara comunicándoselo al juez. Y existe también el sistema de considerar un deber y no un derecho del profesional, guardar un secreto y no permitir que éste se suprima ni siquiera con la autorización del cliente, en cuyo caso siempre habría una ilicitud en la violación de ese secreto.

Entonces se puede violar por el profesional y se puede violar por el funcionario, por el profesional en los procedimientos que se exige, el consentimiento del cliente o se prohíbe por completo esa comunicación del secreto en materia judicial.

Tenemos también, las reservas. Esto se refiere por una parte a los documentos que tengan algún interés relacionado con la defensa nacional, que gocen por consiguiente de reserva absoluta y total, pero pueden haber otras menos trascendentales y menos drásticas. . . Por ejemplo al menos en Colombia, la reserva del documento que contiene la declaración de patrimonio y de renta que se hace anualmente para pagar los correspondientes impuestos.

Es una reserva que solo la ley la retira en los procesos penales cuando esa prueba pueda tener alguna relación con los hechos que se investigan pero que se mantienen en los demás procesos, excepto si es el propio declarante o sus herederos quien la presente. Reserva, que no estoy de acuerdo yo que se mantenga en ciertos procesos civiles, por ejemplo en los de alimentos para establecer la verdadera capacidad económica y los medios patrimoniales que se tengan y también en procesos de investigación de paternidad extra patrimonial, para ver si entre las personas a su cargo el declarante incluyó como hijo precisamente a quien pretende serlo.

Tenemos el caso de la correspondencia privada que se regula de distinta manera en los diferentes códigos y donde exista la prohibición de obligar a la persona que tiene el derecho sobre esa correspondencia a presentarlo pues, habrá prueba ilícita si se obtiene mediante la coacción del juez y lo mismo si es mediante el hurto que de esa correspondencia haga otra persona, la misma que la presente u otra que se la entrega a ella.

Veamos ahora como podemos encontrar esa ilicitud en cada medio de prueba ya más sistematizada. Así la confesión, de lo dicho se des-

prende que será una prueba ilícita, cuando se obtenga con violencia, con coacción simplemente física, psíquica o moral. Cuando se obtenga también mediante drogas especiales.

Pero también cuando la confesión tenga objeto o causa ilícitos, es decir, cuando la parte que confiesa lo hace con el fin, por ejemplo, de defraudar a sus acreedores o confesando obligaciones inexistentes a favor de terceras personas, entre amigos o para defraudar un cónyuge al otro en sus gananciales, para una inminente o ya en curso liquidación de sociedad conyugal, sin haberse disuelto aún ésta y también será ilícita la confesión cuando con ella se violen las prohibiciones legales que hemos mencionado y también el secreto profesional y la reserva legal de un documento a través de revelar con la confesión su contenido.

En el testimonio de tercero, obviamente siempre que se utilice la violencia en cualquier forma incluyendo las coacciones psíquicas o morales o drogas de cualquier clase. En segundo lugar cuando se obtenga mediante dolo o soborno o cohecho es decir cuando se consiga una declaración falsa mediante cualquiera de estos medios.

Cuando se falte a la verdad o a lo que el propio testigo cree, porque realmente la verdad puede ser diferente a lo que el testigo cree que es verdad, y entonces será una declaración equivocada pero no falsa y no habrá ilicitud, en contra de lo que él cree que es verdad; en el caso del perjurio, entonces estamos en presencia de un testimonio ilícito y esto puede ser por los motivos anteriores mencionados, el dolo, el soborno, pero puede ser por otras causas como políticas, como solidaridad de grupo o de casta, como por amistad, por enemistad, por amor o por odio.

Veamos también la peritación. Puede ser ilícita cuando se utilicen medios ilícitos por los peritos en el desempeño del cargo como cuando para hacer una investigación, ejecuten violencia para obtener determinadas informaciones, muy exótico el ejemplo pero debemos contemplar las posibilidades así sean remotas, además, ya lo hemos visto, la realidad a veces presenta hechos y conductas, que normalmente las consideramos imposibles.

También cuando los peritos violen la prohibición legal de investigar el hecho, entonces tenemos ilicitud en el decreto de la peritación por el funcionario judicial e ilicitud por la actuación de los peritos y su dictamen que consuman el desconocimiento de esa prohibición legal.

También naturalmente cuando los peritos violen una reserva legal dada a determinados documentos. Porque de nada serviría la reserva legal si los peritos pudiesen rendir dictamen sobre el contenido de esos documentos, lo mismo que violarla a través del testimonio, o violarla a través de una confesión.

Cuando la peritación tenga un objeto ilícito; ¿cuándo puede tener una peritación un objeto ilícito?

También podría decirles que en el exabrupto que les conté, si en vez de inspección se encargara a unos peritos que volvieran a presenciar todo lo ocurrido para ver si efectivamente hubo o no delito, se llegaría a una inmoralidad, a una ilicitud de esa prueba.

Y pueden haber otros casos de objeto ilícito, según las normas legales que existan. Porque todo lo que es contrario al orden público o a las buenas costumbres se considera ilícito.

También por utilizarse la peritación para probar un hecho cuya investigación esté prohibida en la ley por las razones ya mencionadas y cuando el perito incurra en dolo o mala fe por soborno.

En Colombia, decidimos eliminar entre las causas para proponer objeción al dictamen pericial, esa del soborno, la adquisición dolosa de la peritación, pero no porque considerábamos que debía permitirse eso, sino porque consideramos que es una causal muy difícil de probar. Mientras que al dejar únicamente la de error grave del perito, se llegaba a resultados similares ya que éste no se soborna para que se dicte un concepto recto, sino que se soborna para que dicte un dictamen incorrecto. Y por consiguiente, siempre que haya habido esa ilicitud, se reflejará en el dictamen por sus errores graves.

Interesante el caso de que el perito obtenga el dinero de quien lo soborna y luego dé un dictamen absolutamente correcto, de manera que no exista error en él.

Viene el interrogante, de si al juez se le lleva la prueba de que hubo ese soborno debe declarar ilícito ese dictamen, yo creo que no, aparentemente puede parecer que estoy contrariando el criterio que les he expuesto hasta ahora, pero es que ese ilícito se debe sancionar por las vías penales, el juez deberá remitir copias correspondientes para que se adelante el proceso penal contra ese perito. Pero si se ha demostrado que es correcto, si no hubo error alguno en el dictamen, no habría razón para ordenar otro.

Veamos ahora el caso de la inspección judicial. Dejando de lado el que ya les conté. Tenemos la inspección judicial que viole la reserva legal; la inspección judicial que viole el secreto profesional; la inspección judicial sobre un hecho que la ley prohíbe investigar; la inspección judicial que se practique cuando la ley ha prohibido esa clase de pruebas en un determinado caso o para un determinado hecho o en una determinada clase de proceso.

Y obviamente también cuando el juez incurra en dolo o mala fe por soborno, por cohecho o por otra causa, como amistad, enemistad, etc., o aquellas de las causas que se suelen incluir como motivo de impedimento y recusación.

Veamos ahora el caso de los documentos. Puede existir ilicitud en el momento de su elaboración, por ejemplo, cuando se pone a una persona

en estado de inconciencia o semi-inconciencia para hacerle otorgar un documento, lo cual es más fácil si se piensa que no es necesario que el autor intelectual del documento sea su autor material, que bastaría la firma, aun cuando el contenido lo haya escrito a mano o a máquina o por cualquier otro sistema una persona distinta.

Obviamente ese documento sería una prueba ilícita.

Tenemos también cuando se elaboró utilizándose la fuerza o utilizándose la coacción psíquica o física o moral mediante amenazas o mediante cierto tipo de tratamiento psíquico. También cuando se elaboró mediante engaño o dolo de otra persona o por dolo de su propio autor, así como puede haber confesiones ilícitas, puede haber documentos declarativos perjudiciales al autor del documento, al fin y al cabo es una especie de confesión documentada; y por eso también si se ha actuado dolosamente al conformar de esa manera el documento se incurre en la misma ilicitud de cuando se hace una confesión con fines dolosos o fraudulentos.

Y cuando se llegó al proceso por vías ilegítimas como ya lo he dicho cuando fue creado violándose el secreto profesional y la reserva legal como sucede en los otros casos.

Veamos ahora si en los indicios puede haber ilicitud, si puede existir un indicio ilícito.

Si se estudia superficialmente la cuestión se podría llegar a la solución afirmativa, pero no es esa mi opinión.

Para mí, el indicio, como hecho probado que a su vez pueda servir para indicar otro hecho, causa u otro hecho efecto que se esté investigando jamás puede ser ilícito.

Pueden ser ilícitas las pruebas utilizadas para demostrar el hecho indicador, si se utilizaron confesiones ilícitas o testimonios ilícitos o documentos viciados de ilicitud o una inspección viciada de ilicitud para demostrar la enemistad. Esas pruebas serán ilícitas, pero el hecho mismo de la amistad o enemistad o el hecho mismo de la fuga, o el hecho mismo de la propiedad del arma, o el hecho mismo de la sangre que corresponda al tipo de la víctima, jamás pueden ser ilícitos.

Ahora veamos los efectos:

¿Cuáles son los efectos procesales probatorios de las pruebas ilícitas?

De primer momento parece que fuese la nulidad del acto, pero esto no es correcto como regla general, por el contrario, en mi opinión, viene a ser más bien la excepción, puede ser que la ilicitud produzca en primer lugar algo más que la nulidad absoluta de la prueba, su inexistencia desde el punto de vista jurídico probatorio.

Esto ocurre cuando se obtiene confesión o testimonio en un estado de inconciencia producido por el sufrimiento o de soportar tormentos de

tipo psicológico como por no dejar dormir a una persona y someterla a los juegos de luces que vienen a producir a la larga el derrumbamiento de la voluntad, son torturas refinadas pero son torturas al fin, para mí.

Cuando es en estado de verdadera inconciencia que se le hace hablar a esa persona, no existe jurídicamente confesión ni testimonio, es algo más desde el punto de vista doctrinario que su nulidad absoluta, su inexistencia jurídica. Claro que en la práctica da lo mismo declarar esa confesión o ese testimonio como absolutamente nulo, pero yo considero que absolutamente nula es la confesión o el testimonio cuando esa tortura o esos tratamientos psíquicos de cualquier otra clase llevan a esa confesión o a ese testimonio a pesar de estar la persona en conciencia de lo que dice simplemente para no soportar más el dolor, para poder dormir, para que cese esa tortura, aunque no sufra dolor físico pero sí desesperación, como es el juego de luces que los verdugos modernos han sabido descubrir; vemos que habiendo conciencia, jurídicamente existe el acto.

Otra cosa es que esté viciado de nulidad absoluta y para mí cualquiera que sea el grado de esa reacción produciría esa nulidad absoluta.

De manera que tenemos unos casos en los que se produce la inexistencia jurídica y otros en que se produce la nulidad absoluta, pero tenemos una tercera clase de consecuencia o efecto y es el de la simple ineficacia probatoria.

El acto jurídicamente existe y no está viciado de ninguna nulidad, pero no puede el juez obtener convencimiento con él, debe considerarlo ineficaz, sin mérito, para producirle su convicción. Es por eso, que yo, en mis modestos trabajos de la prueba judicial, he introducido el examen de tres clases de requisitos, en todos los medios probatorios:

Requisitos para su existencia jurídica, requisitos para su validez y requisitos para su eficacia, es decir para que pueda el juez considerar que en ellos se encuentra méritos para su convicción.

Obviamente el testimonio de terceros puede ser lo mismo que en el caso de la confesión, puede haber la inexistencia o la nulidad absoluta, cuando se usa la tortura, tormento, etc.; pero puede haber la sola ineficacia.

Obviamente, en el caso de la confesión no existe sino o la inexistencia o la nulidad absoluta, cuando se usa la tortura o la fuerza, el tormento, etc. Pero pueden haber defectos que se deban a otras causas y entonces tener simplemente ineficacia sin que se las pueda considerar como nulas y mucho menos como inexistentes, como veremos a continuación.

Con el testimonio de terceros pasa exactamente lo mismo que con la confesión siendo unos inexistentes jurídicamente, otros viciados de nulidad y unos terceros de simplemente ineficacia.

La nulidad absoluta la encontramos también en la peritación, yo creo que ni con una enorme imaginación se debe concebir que se aplique el tratamiento a una persona hasta elevarle a un grado de inconciencia para que rinda un dictamen, porque en esa situación está física y psíquicamente imposibilitado para rendir el dictamen; ésto lo concibo yo, aplicándose a los testigos, terceros o a las partes cuando son interrogadas pero no a la peritación.

Yo creo en cambio que si puede haber esa coacción de que hablaba antes sobre el perito, y tenemos entonces que, efecto de la ilicitud en materia de peritos puede ser la nulidad y también puede ser la simple ineficacia probatoria, cuando el vicio no consista en tortura o coacción.

Tenemos el caso interesante de la confesión con causa ilícita y con objeto ilícito; habrá inexistencia jurídica? claro que no, ¿Nulidad? Yo me inclino a que tampoco hay nulidad, sino simple ineficacia de esa prueba.

Cuando tenga por objeto un hecho ilícito de acuerdo con lo que en cada país se considere por hecho ilícito porque en parte depende la regulación legal. Obviamente hay cierto tipo de hecho, ciertos tipos de conductas que son ilícitas en cualquier parte.

Hay un punto interesante cuando el hecho confesado es ilícito, por inmoral, por contrario al orden público, por ilegal, por constituir un ilícito penal ¿la ilicitud del hecho confesado puede afectar la confesión? No, de ninguna manera, la confesión es perfectamente lícita, el testimonio es perfectamente lícito, la peritación y el documento serán perfectamente lícitos, otra cosa es, el valor jurídico substancial, que una vez probado el hecho reconozca el juez, en razón de que ese hecho sea ilícito y entonces, pues encontramos a la teoría general de las obligaciones, de manera que no me voy a detener sobre el particular.

En los casos de reserva profesional, de violación de reserva profesional y de violación de secreto profesional, en mi opinión, no hay sino ineficacia del medio probatorio. Pero no una nulidad.

Lo mismo podemos decir del dictamen pericial, en esos casos, desde que viola el secreto o la reserva, la consecuencia será la ineficacia probatoria únicamente.

Y lo mismo podemos decir de la inspección judicial.

Cuando el juez de mala fe haga constar en el acto hechos contrarios a la realidad o deje de hacer constar en el acto hecho que sí comprobó o percibió ¿ésto es una causa de nulidad o únicamente de ineficacia probatoria?

Pues bien, yo creo que es ineficacia probatoria solamente y es útil el concepto de la ineficacia y no el ampliar la nulidad a todos los

casos porque con la ineficacia hay economía procesal, si se tratara de una nulidad procesal, sería necesario proceder a declararla, bien sea de plano por insubsanable, bien sea mediante traslado a las partes cuando pueda ser saneada, mientras que si el funcionario simplemente la considera ineficaz, es decir carente de mérito probatorio esa prueba, no necesita hacer tales declaraciones. El dilema para el funcionario sería esta prueba correctamente practicada, es necesaria o al menos conveniente para poder investigar los hechos, para llegar en lo posible a descubrir la verdad de los hechos ¿o es innecesaria?

En el último caso bastaría con prescindir de la prueba en absoluto; pero en el primero, surge especialmente en aquellos países que en buena hora le han dado amplias facultades inquisitivas a los jueces en la búsqueda de la verdad como ocurre en Colombia y si mal no estoy también en la mayoría de los Códigos de Procedimientos Civil Argentino; entonces en mi opinión, tiene el juez el deber de decretar la práctica de esa prueba de nuevo. Si se trata de inspección, pues que el funcionario la practique, o un comisionado aun cuando lo ideal en las inspecciones, todos sabemos, es que las practique el mismo juez para que mediante la intermediación llegue a un mejor entendimiento de los hechos; cuando considera que ese testimonio o que esa peritación es conveniente o necesaria para su juzgamiento, debe ordenar otra peritación y otro testimonio? Yo pregunto. Pues depende de la causa, porque volver a llamar al mismo testigo, cuando éste da origen por su dolo, por ejemplo a esa ilicitud sería absolutamente torpe, mejor sería llamar a otras personas que puedan tener conocimiento de los hechos para suplir ese testimonio inicial con otro que se pueda obtener.

Y los documentos, ya vimos que hay casos de nulidad o de ilicitud y que hay casos no de inexistencia jurídica, porque el documento por sí mismo no puede ser inexistente aunque se haya empleado la fuerza para conseguir la elaboración del mismo; allí está una cosa narrativa de algo o representativas y no se puede desconocer que existe; surge entonces la necesidad de aplicarle el concepto de su nulidad, para que el juez lo deseche; yo creo que siempre que se ha aplicado la coacción o la violencia debe aplicarse la nulidad absoluta.

Ahora si fue obtenido por medios subrepticios, por ejemplo la fotografía o la grabación violando la intimidad en asuntos no penales y en asuntos no relacionados precisamente con esa conducta, habrá nulidad, pero en otros casos como en procesos de divorcios, de separaciones de bienes, o de cuerpos alegando la causa de infidelidad, puede aceptarse su validez; en los demás casos se tendría un documento que no se puede calificar propiamente de nulo pero sí no se debe aceptar como prueba, en el sentido de no darle mérito probatorio y de considerarlo ineficaz, para salvaguardar así esa especie de derecho a la intimidad que solo por razones muy especiales debe aceptarse que se viole.

Y bien, mis estimados colegas, mi propósito es asegurar al máximo el concepto de la prueba ilícita, en salvaguardia de la moral, de la lealtad, de la imparcialidad en la administración de justicia y amparar con este concepto al máximo esos principios fundamentales que al comienzo

