

Cláusula de exclusión de pruebas y verdad judicial en manos de la inteligencia artificial¹

Clause of exclusion of evidence and judicial truth in the hands of artificial intelligence

DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.37.8165>

Resumen

El presente artículo de investigación pretende demostrar que los sistemas de inteligencia artificial no pueden valorar la prueba ilegal o ilícita de manera óptima, como sí lo puede hacer el juez frente a la carga racionalista que tienen los estándares probatorios más allá de toda duda razonable. Con este fin, se utilizan el paradigma hermenéutico y la aplicación de la técnica de análisis documental para estructurar este argumento de manera deductiva. Se partió de la descripción epistemológica de la cláusula de exclusión probatoria, consagrada en la Ley 906 de 2004 y una crítica al sistema, toda vez que no puede truncar el fin del proceso penal (que es la búsqueda de la verdad). Posteriormente, se caracteriza este término en el marco de su constitucionalización, para concluir con la discusión sobre la valoración de la prueba ilegal e ilícita en este contexto. Se finaliza con un análisis sobre la aplicación de un estándar probatorio de tales calidades, con base en los sistemas de inteligencia artificial. Como conclusión final se establece que es inviable poner en manos de la IA la exclusión de la prueba en el proceso penal, pues esta actividad implica un alto contenido racionalista.

Palabras clave: Inteligencia artificial, prueba ilegal, prueba ilícita, verdad, proceso penal.

Abstract

This research article aims to demonstrate that artificial intelligence systems cannot assess illegal or illicit evidence in an optimal way, as the judge can do in the face of the rationalistic burden of evidentiary standards beyond any doubt reasonable. In this way, the use of the hermeneutical paradigm and the application of the documentary analysis technique have been sought to deductively structure the described argument. It started from the epistemological location of the evidentiary exclusion clause enshrined by law 906/2004 and the criticism of the same system since it cannot truncate the end of the criminal process (which is the search for the truth). To later characterize it within the framework of its constitutionalization and thus reach the discussion on the assessment of illegal and illicit evidence in this context. Thus, ending with an analysis on the application of an evidentiary standard of such qualities based on Artificial Intelligence systems. This resulted in the impossibility of putting the exclusion of evidence in the criminal process in the hands of the IA, since this activity carries a high rationalist content.

Keywords: Artificial intelligence, illegal evidence, truth, criminal process.

Camilo Andrés Maiguel Donado

Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad del Atlántico (Colombia). Perteneciente a los semilleros de investigación: *Nihil Novi Sub Sole, Ius Penale y Chiovenda*. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal (ICDP). Investigador activo en las áreas de derecho penal, procesal, probatorio, constitucional, filosofía del derecho y sociología jurídica. ORCID: 0000-0001-8758-7403. cmaiguel@mail.uniatlantico.edu.co

Como citar:

Maiguel, C. A. (2022). Cláusula de exclusión de pruebas y verdad judicial en manos de la inteligencia artificial. *Advocatus*, 19(37), 29-41. <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.37.8165>



Open Access

Recibido:

8 de marzo 2021

Aceptado:

3 de agosto de 2021

¹ Este artículo surge de la presentación oral del autor como finalista del concurso dado en el marco del XIII Congreso Internacional de Derecho Procesal: Nuevas Dinámicas del Derecho Procesal-2020, organizado por la Universidad de Medellín.

1. INTRODUCCIÓN

El derecho procesal siempre ha ido de la mano con los cambios de la sociedad y la academia. Parte de esa relación dinámica ha estado en poder del derecho probatorio, toda vez que este tema álgido de debate se ha hecho un espacio dentro del pensamiento jurídico contemporáneo. Esta relación directa entre el derecho probatorio y las diversas disciplinas es vital, pues se puede asegurar que el proceso tiene como estructura primordial la prueba.

En ese sentido, últimamente ha entrado a la discusión contemporánea la inteligencia artificial (IA) y su posible anidación con estas dinámicas procesales modernas, ya que la prueba emerge desde la controversia de los hechos como parte sustancial en las actuaciones judiciales. A partir de esto, los estándares para valorar una prueba son parte fundamental del proceso y se estudia si éstos se pueden poner en manos de la inteligencia artificial (Talavera Elguera, 2009).

En el proceso penal es donde la prueba ha sido uno de los temas más discutidos, debido a que la Ley 906 de 2004 la concibe como la espina dorsal de cualquier procedimiento en materia penal. Así mismo, esta ley garantiza la controversia de la prueba desde un punto de vista de la legitimidad de su posible presentación, como está contemplado en el art. 23 de dicha ley.

En un Estado Social de Derecho, un derecho penal liberal debe buscar la consecución de

la justicia y todo proceso penal parte del esclarecimiento de los hechos, que en últimas es la búsqueda de la verdad. Para Bentham (2001), con esto se busca “revela(r) cuáles son las cualidades que debe tener para poder ser considerado seguro y, con ello, pueda servir de instrumento de orientación al ciudadano...” (p. 250).

Así mismo, la prueba recogida ilegalmente o por fuera de la esfera de actuación legal del investigador de plano debe excluirse del proceso. Sin embargo, se debe analizar si este fenómeno jurídico, al enjuiciarse a la luz de las etapas fundacionales modernas del derecho procesal, va de la mano de esta o representa un atentado a alguno de sus presupuestos básicos. “No obstante, lo cierto es que dicha búsqueda es un fin que deviene desde los tiempos del derecho romano” (Nieva Fenoll, 2010, p. 66).

Precisamente, es la concepción demoliberal de un derecho penal la que procura la búsqueda racional de la verdad. De ahí que la cláusula de exclusión probatoria, concebida en el Código de Procedimiento Penal Colombiano, sugiera grandes interrogantes:

- ¿La prueba recogida de manera ilegal representa un atentado al Estado Social de Derecho?
- ¿La exclusión de la prueba representa un atentado al sentido del Derecho Penal, por cuanto éste busca la verdad?
- ¿Puede la IA resolver estos interrogantes en un caso concreto?

2. DESARROLLO

2.1. El derecho procesal penal y la prueba en el marco de la constitucionalización del proceso penal

Como se ha dicho, el proceso penal se fundamenta principalmente en la prueba como uno de los esquemas conceptuales para lograr sus fines. Así mismo, el Estado está en la obligación del castigo ante las conductas que atenten contra los bienes jurídicos tutelados por la ley penal. En ese sentido, el proceso de punibilidad debe tener unos mínimos de garantías procesales, como el respeto por la dignidad humana, la libertad, la convencionalidad, la igualdad, la legalidad, la imparcialidad, etc.

Un proceso penal parte de un hecho que se presume criminoso y pugna por delimitar una verdad. De este modo, utiliza los diversos mecanismos de ordenamiento jurídico para esclarecer los hechos y encontrar al procesado como inocente o culpable de lo que el Estado le acusa. Así, la prueba se enarbola como la espina dorsal del proceso, en el que todo hecho tiene su debida sustentación en la realidad para garantizar su veracidad:

Los hechos alegados como sucesos reales de la vida son siempre e inevitablemente el punto de partida y constituyen tanto el objeto de la prueba durante el proceso, como el objeto de la calificación jurídica, a partir de la que se extrae la consecuencia jurídica prevista en la norma aplicada. (Climent Durán, 1999, p. 42)

De esta forma, se puede asegurar que la prueba no sólo constituye el fundamento para la lógica argumental, sino para la acusadora.

De este modo, resulta inocuo por parte de un fiscal presentar una teoría del caso si sus aseveraciones sobre la verdad de los hechos no están debidamente justificadas con la prueba que exige la ley. En caso de cualquier duda razonable, el procesado será el favorecido y el papel punitivo del Estado se transmuta en un papel inútil, a la luz de los hechos por falta del tecnicismo que esto requiere para el pleno desarrollo de los derechos que se le comulgan al Estado en su papel sancionador.

Dado que el juez de conocimiento no tiene la oportunidad de presenciar los hechos frente a los que debe tomar la decisión, es necesario que los conozca mediante un mecanismo fiable, que además permita a los demás intervinientes ejercer el derecho de contradicción. En este sentido, la labor del fiscal consiste en presentar el conocimiento de los hechos, teniendo en cuenta que éstos deben ser descubiertos en forma oportuna, obtenidos legalmente y utilizando medios probatorios pertinentes que deben ser presentados de acuerdo con las reglas que rigen el debate. (Bedoya Sierra, 2008, p. 23)

La constitucionalización del derecho penal y, especialmente, del derecho procesal penal se deja a la observancia, primordialmente en cuanto a las diversas garantías que se propugnan para la correcta recolección, presentación

y uso de las pruebas en el trámite judicial. Siempre se deben respetar las garantías procesales. En ese sentido, de manera constitucional y legal se han establecido diversas normativas para proteger dichos derechos.

Según advierte el precepto constitucional agregado en el inciso final del artículo 29 Superior, ‘Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso’. Esta primera definición pone de presente que el constituyente de 1991 estableció como sanción la inexistencia de la prueba que viole derechos fundamentales instituidos en el debido proceso. (Díaz, O. H., Prieto, C. & Rodríguez, N. P. J., 2015, p. 231)

Posteriormente a que se promulgara la Carta Política en Colombia y con el inminente avance de las diversas ramas del derecho, la ley penal no se pudo quedar atrás y con la Ley 906 de 2004 se dejó a la observancia que el legislador buscó con esta normativa, procurando la defensa de las garantías del procesado, como un lastre del proceso que pasó del garantismo penal para introducirse en el ordenamiento jurídico colombiano. Verbigracia:

... se cambió el modelo de juzgamiento penal y, así, el legislador desarrolló en todo su contenido el ya mencionado inciso final del artículo 29, y trajo la regla de exclusión de las pruebas obtenidas con la violación de las ‘garantías fundamentales’, con lo cual se sanciona al sujeto procesal, quien violentó dichas garantías, con la anulación de su medio probatorio y la exclusión del mismo del debate

probatorio y de la misma sentencia. (Díaz, O. H., Prieto, C. Rodríguez, N. P. J., 2015, p. 231)

Así mismo, se ha afirmado que “Es necesario indicar que el derecho a la prueba constituye uno de los principales ingredientes del debido proceso, así como del derecho al acceso a la administración de justicia y el más importante vehículo para alcanzar la verdad en una investigación judicial. Por tanto, las anomalías que desconozcan de manera grave e ilegítima este derecho, constituyen un defecto fáctico que, al vulnerar derechos fundamentales, pueden contrarrestarse a través de la acción de tutela... Los derechos de este sujeto procesal, en sentido pleno, deben garantizarse en el proceso penal mediante el respeto de sus facultades y atribuciones en las diversas etapas del mismo, pues la estrategia procesal de las víctimas ya no se limita a un aspecto patrimonial sino que se constituye en la búsqueda de la verdad y la justicia, siendo imperativo concluir que una de sus principales herramientas la constituye el derecho a la prueba” (Corte Constitucional, 2006). Esto permite introducir en la discusión el tema de la verdad en el proceso penal.

2.2 La verdad en el proceso penal

Desde los prolegómenos de la existencia del proceso penal, en su sentido acusatorio y la pugna por la búsqueda racional de la verdad, la prueba se ha constituido precisamente en el vehículo que transporta el proceso hacia esa búsqueda gnoseológica por la verdad y el conocimiento racional de los hechos. De ese

modo, se deben analizar los fundamentos, las variables y la incidencia del concepto de verdad en el proceso.

Se dice que aún no se concibe un proceso judicial que no busque la verdad, de este modo la importancia de la prueba pasa a ser más que sustancial para el logro de la justicia. Así las cosas, “Si se parte de que la época actual es la era de la información, el problema de la verdad resulta ser hoy más apremiante que nunca, pues constituye un verdadero ‘tópico recurrente en la teoría del derecho’ (Sucar, 2008, p. 37), tanto así, que no se concibe un proceso sin dicho fin” (Zamora-Acevedo, 2014, p. 148).

Es precisamente en el albor de desarrollo tecnológico en el que se puede hacer el análisis extensivo sobre la prueba en el derecho y su papel creciente. Partiendo del punto de que actualmente la tecnología facilita en gran medida el acceso a la información, pasando por el papel que desempeña en la diligencia de las actividades y, en ocasiones, en su desarrollo como sustitutiva del ser humano, el análisis sobre la verdad crece ontológicamente en gran medida (Zamora-Acevedo, 2014).

Volviendo al punto bajo observancia, hallar la verdad sobre los hechos en el marco de un proceso judicial posterior a su realización resulta una labor exhaustiva de investigación por parte del cuerpo técnico del Estado, toda vez que, si en principio es difícil relacionar los indicios y el material que se conoce, aparte de las aseveraciones de

posible verdad que se presentan, resulta imposible determinar lo que pasa en relación con la parte fáctica del caso.

Entonces, es labor del juez intentar encontrar, en el marco de un desarrollo hermenéutico- lógico, una posible verdad. Pues, según Rodríguez Cepeda (1999), para “conocer y alcanzar la verdad” (p. 1) es necesario llevar una metodología que en todo caso parece que apunta a la omnisciencia como un desarrollo de la verdad real, pues se aleja del método y se acerca más –en una forma (anti)kantiana- al esclarecimiento por medio de las realidades etéreas (Zamora-Acevedo, 2014).

En sentido general, el proceso penal siempre debe buscar la verdad, bien sea porque se considere como coraje (Foucault, 2010), objetivo científico (Putnam, 1994), garantía de justicia (Bentham, 2001) o sencillamente porque es la constitución de los elementos racionales de los cuales la pretensión de la acción penal por parte del Estado se estructura para enarbolar-se como el mecanismo para la promoción de la jurisdicción en su sentido justicial (Zamora-Acevedo, 2014).

De este modo, cabe ajustarse al concepto de verdad que plantea García Valencia (2002): “Por verdad entendemos los conocimientos sobre un objeto que lo reflejan acertadamente, que corresponden a él. La verdad es siempre la conformidad de la idea con la cosa, la cual, si se pudiera reconocer absolutamente, certeza equivaldría a verdad” (p. 95). Pues así, se puede decir que la verdad

que se debe buscar en un proceso es la verdad objetiva, material (Herrera Aldana, E. & Cortés Cubides, J. O., 2011).

Sin embargo, vale decir que el conocimiento real se aleja del conocimiento procesal. Si bien, el proceso debe procurar la búsqueda racional de una verdad material y objetiva que corresponda a la realidad, esta misma en el proceso se ve matizada por su recolección, presentación, reconstrucción y correcta valoración. Esto plantea un panorama bastante desolador y deja al proceso como un posible distorsionador de la verdad si no se lleva a cabo dentro de su conducto regular.

De esta forma, se alcanzan a distinguir dos verdades: la real y la procesal. A pesar de que no siempre puedan corresponder, la verdad procesal siempre debe procurar acercarse a la real para la consecución de la justicia, pues como se ha mencionado, la motivación del operador judicial debe estar diligentemente motivada por esa investigación, que se preocupa más por la materialización de la justicia que por las formalidades de un proceso.

Sin embargo, la labor del operador judicial en gran medida se ve relativizada por la referencia de la cual debe partir, y en ocasiones trabajar sobre ella. En ese sentido, las pruebas cumplen un papel sustancial, pues entre más fuertes sean, más van a corresponder o acercar la verdad procesal a la verdad material; no obstante, muchas pruebas que no son tan sólidas distorsionan la verdad y la evidencia procesal se coloca por encima de la material.

Incluso, en cualquier esfera de discusión de la existencia humana, se puede encontrar frente al problema de la verdad. La moral social asume que la gente debe 'decir la verdad' (Taruffo, 2010, p. 58) como una forma de necesidad en los procesos de interacción y sus conflictos. Pero más problemático aun cuando se presenta en los conflictos judiciales de carácter penal, ya que se exige la verdad de los hechos como fin último, siguiendo a Taruffo 'el binomio verdad-justicia es recurrente en el lenguaje común y –se podría decir- que en el inconsciente colectivo, asume que los dos términos están estrechamente conectados' (Taruffo, 2010, p. 115). (Zamora-Acevedo, 2014, p. 149)

2.3 La valoración de la prueba ilícita en el proceso penal colombiano

Lo mencionado cobra vital importancia para orientar la discusión al plano que de verdad debe conocerse bajo la observancia de la lupa juzgadora sobre las pruebas, la verdad y la IA. En el primer punto cabe establecer ciertas diferenciaciones dentro del marco de lo cognoscible, toda vez que su tratamiento tiende a confundirse con la forma como se recogen, se tratan y luego su plausible valoración.

Las pruebas deben respetar las debidas garantías judiciales, de no hacerlo se declaran como ilegales o ilícitas. Sin embargo, después del juicio de valor al cual se ha hecho referencia, el juzgador debe interesarse por utilizar la cláusula de exclusión probatoria, consagrada en el art. 23 de la Ley 906 de 2004.

Para hacer un acercamiento más preciso, cabe aclarar que el art. 29 de la Constitución Política de Colombia habla de una nulidad de la prueba que se recoja sin respetar al debido proceso. Al tenor de este artículo, el legislador desarrolló más adelante en el Código de Procedimiento Penal una cláusula de exclusión probatoria, que sirve como soporte legal de lo expuesto. De esta forma, se busca sancionar al sujeto procesal que no ha respetado las debidas garantías (Díaz, O. H., Prieto, C. & Rodríguez, N. P. J., 2015).

Con base en lo anterior, y a pesar de que la cláusula le dé un tratamiento ilegal e ilícito a la prueba, hay que hacer una diferenciación conceptual, lo cual ha generado un amplio debate en el seno de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia. De donde se desprende que no sólo se puede hacer una distinción conceptual, sino también instrumental y operativa, en cuanto al tratamiento que éstas merecen dentro del proceso.

Mientras, la Corte Suprema de Justicia señala que la prueba ilícita es:

... la obtenida con vulneración de los derechos fundamentales de las personas, como la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, etc., o las que para su realización o aducción se somete a las personas a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, ha de ser necesariamente excluida sin que pueda ser sopesada en manera alguna por el juzgador, ni siquiera tangencialmente. (Corte Suprema de Justicia, 2009, p. 2)

Sin embargo, la misma teoría a la observancia, que es la de los frutos del árbol envenenado –si bien señala la suerte que corren las pruebas que se deriven de la recogida ilícitamente– parte también de una diferenciación excepcional:

... como la que se desprende o es consecuencia de ella al fijar salvedades al escindir un nexo fáctico y uno jurídico entre la prueba principal y la refleja para tener a esta última como admisible si se advierte que proviene de (i) una fuente independiente (*independent source*), es decir, si el hecho aparece probado a través de otra fuente autónoma; (ii) cuando tiene un vínculo atenuado (*purged taint*) con la principal, o (iii) cuando se trata de un descubrimiento inevitable (*inevitable discovery*) en caso de que por otros medios legales de todas maneras se habría llegado a establecer el hecho. (Corte Suprema de Justicia, 2009, p. 1)

En cuanto a la prueba ilegal, sostiene que:

... cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales, esto es el debido proceso probatorio, también ha de ser excluida siempre que la formalidad pretermitida sea esencial, pues no cualquier irregularidad acarrea su retiro del acervo probatorio. (Corte Suprema de Justicia, 2009, p. 2)

Por su parte, la Corte Constitucional ha señalado un punto álgido de debate dentro de la discusión en cuanto a la subsidiariedad de la prueba y su posible valoración, pues centra su

reflexión en torno a los límites invisibles entre la búsqueda de la verdad material y las formalidades de la recopilación de pruebas. Atenúa esto de un modo plausible comparando la labor del juez con un sistema de IA.

El tribunal constitucional colombiano analizó las anteriores excepciones a la regla de exclusión probatoria en materia penal, concluyendo que éstas no se deben entender como una forma de excepción, sino como un criterio que debe tener el juez para evaluar la exclusión o inclusión del elemento material probatorio, evidencia física o información legalmente obtenida que se demanda como ilegal o ilícito. (Díaz, O. H., Prieto, C. & Rodríguez, N. P. J., 2015, p. 233)

De esta forma, la Corte se ha encargado de construir una herramienta de interpretación para el uso hermenéutico en el que se le da potestad al juez para determinar mediante un juicio de valor cuándo se encuentra en la observancia de “una prueba derivada, directa o indirectamente, de la que se está excluyendo del debate probatorio, y cuándo esta prueba se puede explicar en razón a su existencia propia” (Díaz, O. H., Prieto, C. & Rodríguez, N. P. J., 2015, p. 233).

En ese sentido, la corte señaló que:

... el juez deberá tener en cuenta las reglas de la experiencia y de la sana crítica, dado que será preciso examinar la presencia o no de un nexo causal entre una prueba y otra, al igual que entrar a ponderar entre diversos factores,

tales como los derechos fundamentales del procesado, aquellos de las víctimas y terceros, al igual que el cumplimiento estatal de investigar y sancionar efectivamente el delito (...). (Corte Constitucional, 2005)

De este modo, se hace necesario abordar la discusión desde el punto de vista del paso siguiente al juicio de valor hecho para la posterior exclusión de la prueba. En ese sentido, se procurará hacer un análisis conceptual, histórico, legal y reflexivo al respecto. La descripción del objeto de estudio se va a ir matizando con respecto a otros factores que –aunados a la discusión– toman especial relevancia para las preocupaciones contemporáneas del derecho procesal penal.

2.4 La cláusula de exclusión probatoria en el proceso penal

Después de realizar el juicio de valor sobre la ilegalidad o ilicitud de la prueba, el juzgador debe declarar su exclusión del proceso, dejando sin efectos su consideración, aportes y posible valoración. Esta labor se le confiere al juez en su potestad argumental, teniendo en cuenta los criterios mencionados y a los que la jurisprudencia de las altas cortes ya hecho especial mención.

Teniendo en cuenta el papel fundamental que cumple la prueba dentro del proceso penal, cabe destacar lo difícil que debe ser excluirla de un trámite judicial. No es una labor sencilla, teniendo en cuenta que el juez debe tomar en consideración diversos factores legales (*a*

lato sensu), de su experiencia y hasta doctrinales, sobre todo en materia penal, para su debida argumentación.

En esta labor, el juez está beneficiando los derechos del procesado, aunque de otro lado atenta (en sentido iusfilosófico) contra los principios que rigen el derecho penal en la búsqueda de la verdad, contra la sociedad en general en la búsqueda de la consolidación de la justicia y, específicamente, contra el sujeto procesal *contrario sensu*, que procura porque se le conculque su derecho, garantizando la retribución punitiva en calidad del delito cometido.

Para entender mejor el debate se debe hacer una comparación entre los dos sistemas de exclusión probatoria equidistantes y que marcan los prolegómenos del sistema de exclusión de pruebas adoptado en Colombia por la Ley 906 de 2004.

En primer lugar, se tiene el sistema que propugna dentro del sistema judicial de Estados Unidos. La *exclusionary rule*, como se denomina, comienza con el caso *Bram vs. Estados Unidos*; sin embargo, fue hasta el caso *Boyd vs. Estados Unidos* cuando se asentó de verdad esta regla. En ambos casos y en posteriores jurisprudencias se habla de la teoría del fruto del árbol envenenado (Díaz, O. H., Prieto, C. & Rodríguez, N. P. J., 2015).

En la década de los años setenta se inició un proceso de limitación de la regla de exclusión, para lo cual se diseñaron teorías acerca de

presentación de pruebas que tenían alguna relación, pruebas ilícitas, siempre y cuando las primeras encuadraran dentro de alguno de los siguientes supuestos: fuente independiente, el descubrimiento inevitable, la buena fe, el *balancing test*, la teoría del riesgo y el *purged taint*. (Hairabedian, M., 2002, citado por Díaz, O. H., Prieto, C. & Rodríguez, N. P. J., 2015, p. 234)

De otro lado, en Europa continental se hizo referencia a la teoría propuesta por Luigi Ferrajoli (1995), que sostiene que los principios constitucionales son la base que sustenta la cláusula de exclusión de la prueba en el proceso judicial. En Alemania hizo carrera la teoría de la ponderación, que tiende a la evaluación de todos los factores que inciden en la posible exclusión para tomar en cuenta la decisión (Díaz, O. H., Prieto, C. & Rodríguez, N.P.J., 2015).

En cuanto a la exclusión probatoria, la tesis de la ponderación se basa en:

... la seriedad del crimen, la gravedad del vicio probatorio, el valor demostrativo de la prueba en cuestión, la fortaleza de la sospecha y los intereses constitucionales en juego dentro de los cuales se destaca el interés en que la violación de los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal no quede en la impunidad sacrificándose la verdad real. (Corte Constitucional, 2002)

Así, la exclusión de la prueba en el proceso penal colombiano se basa en la teoría propuesta por la Corte Suprema de los Estados

Unidos; no obstante, el autor considera que la teoría alemana de la ponderación es la más adecuada para garantizar los derechos de los asociados y no sólo de una parte, pensando en el límite a la labor jurisdiccional.

El llamado, entonces, es a que se fortalezcan las potestades interpretativas y decisionales para que el juez no sólo esté supeditado al vínculo atenuado, al descubrimiento inevitable y a la fuente independiente, sino que procure por medio de una argumentación debida una posible valoración de la prueba, a pesar de su ilicitud o ilegalidad.

2.5 La IA y la imposibilidad de conseguir verdad

Como se mencionó, el debate sobre la posibilidad de que el juez busque la verdad en una posible aplicación de la cláusula de exclusión probatoria en materia penal, como la que rige en Colombia, debe ir orientado hacia la amplia potestad que debe tener para decidir sobre esta materia, teniendo una independencia y discrecionalidad judicial bastante prometedora, aunque peligrosa, atenuada por ciertos límites, pero no tan restrictiva como lo es actualmente.

En ese sentido, se puede concluir que es una verdadera labor intelectual y racional la que debe hacer el juez para sustentar debidamente esta decisión. Por esta razón, es especial la denominación que se le da al juzgador en el modelo de justicia en esta instancia durante el proceso. De ahí que se defiendan las calidades

humanas y la construcción lógica del sentido en la praxis judicial (Guastini, R., 2015).

Últimamente se habla de la probable aplicación de un modelo de justicia basado en la labor de la inteligencia artificial como posible remplazo del juzgador en ciertas instancias. Es por esto que se hace especial mención a este tema y cómo puede desarrollarse un debate tan vivo como el del límite entre la verdad judicial y la cláusula de exclusión probatoria en manos de la IA.

En este sentido, Nieva Fenoll (2018) comenta que, en cuestión de estándares probatorios, la inteligencia artificial tiene un panorama bastante limitado en cuanto a su papel remplazante. Más bien, la IA dentro de una valoración probatoria para la aplicación de la cláusula de exclusión probatoria podría tener dentro del proceso una labor similar a la de predicción u orientación de la labor del juez. Se asiste a la labor judicial, como lo dice Laudan (2006), “más allá de toda duda razonable” (p. 29).

En este sentido, Nieva Fenoll (2018) señala que hoy en día no es fácil poner en manos de la IA el valor intrínseco de los estándares de prueba, toda vez que éstos ya no atienden a un sistema de valoración de *plena probatio* y *semiplena probatio*, sino que más bien se pretende una plena racionalización del estándar de prueba, en el que la “plena convicción del juez” desempeña un papel indispensable que un algoritmo no es capaz de suplir (Rosenberg, L. 1929, p. 356).

Así las cosas, la verosimilitud objetiva constituiría un verdadero valor de probabilidad o certeza personal del juez, en la que la probabilidad inductiva evoluciona para terminar en una aseveración similar a la de Ferrer Beltrán (2018), quien señala que existen seis estándares distintos que ascienden en grado de verosimilitud, yendo desde la hipótesis expositiva de los datos probados hasta la hipótesis, que parezca una mejor explicación que la contraria con los datos existentes.

3. CONCLUSIONES

Una conclusión general es que la inteligencia artificial no es capaz de sustituir al operador judicial en la aplicación de la cláusula de exclusión probatoria, toda vez que ésta se debe sopesar con diversos criterios para construir una verdad procesal que permita acercarse, cada vez más, a la verdad material, y este proceso constructivo sólo es posible con la hermenéutica desarrollada por un ser humano.

Se hace un llamado a que la comunidad jurídica cuestione la posibilidad de excluir ciertas pruebas, que aún en su condición de ilegales o ilícitas no constituyen una *conditio sine qua non* para su exclusión inmediata y no se deban tener en cuenta en el juicio. Es sabido que la verdad material debe primar por sobre cualquier formalidad, aun cuando se comulgue como protectora de los derechos.

Bajo cierta visión, en la regla de exclusión, antes que proteger derechos fundamentales, se erige una barrera para valorar la totalidad

del material probatorio por parte del juez; por ello, la exclusión permite sentencias en las cuales la veracidad queda incompleta y lleva rasgos ficticios. (Correa, S. M., 2010, p. 372)

Sin embargo, contrario *sensu* a lo que muchos autores piensan, la vinculación de la prueba ilegal o ilícita, so pretexto de una verdad material, no es un rasgo del sistema inquisitivo, pues no se busca la verdad por sobre todas las cosas, sino la búsqueda de una verdad judicial sin sesgos, tal como se deja a la observancia en la teoría de la verdad negociada en los sistemas de justicia transicional.

Parece que el sistema de justicia colombiano propugna un litigio penal basado en sesgos y lastres de justicia formal en el que lo que interesa es el sistema en la justicia material, donde la verdad emerja como un elemento sólido y no volátil, como puede llegar a serlo en este sistema.

No se trata de criticar al sistema acusatorio, se propone que el sistema de justicia penal le brinde más marco de movilidad al juez a la hora de decidir sobre la exclusión de la prueba, para que sea capaz de ponderar los intereses, derechos y situaciones de cada actor procesal y así evaluar la circunstancia en la que se recopiló la prueba y poder determinar con total libertad si la incluye o no.

La discrecionalidad que se busca es una virtud intelectual, en la que la sabiduría, la pericia y la experiencia de un actor judicial esté determinada por su capacidad para discernir lo que

debe hacerse en los ámbitos de aplicación punitiva. En ese sentido, el juez no obedece a una aplicación silogística de la cláusula que consagra el art. 23 del Código de Procedimiento Penal, ni tampoco busca que esté sujeta al capricho. Se busca que haya una racionalización de la labor judicial en esta instancia, en la que la decisión de excluir o no sea una construcción hermenéutica entre ley, jurisprudencia, doctrina, reglas de la experiencia y la interpretación evolutiva, con especial análisis de sociología, filosofía, antropología y, en todo caso, hasta psicología. La decisión es absurda e ilegítima si no se fundamenta en lo dicho, pues debe sustentarse en principios de reconocimiento racional (Hart, H. L. A., 2014).

De este modo, la inteligencia artificial no tendría un papel especial en esta instancia del proceso, porque se sustenta en actividades racionales e intelectivas que no son susceptibles de encuadrar dentro de la lógica algorítmica.

REFERENCIAS

- Bedoya Sierra, L. F. (2008). *La prueba en el proceso penal colombiano*. Fiscalía General de la Nación, Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses.
- Bentham, J. (2001). *Tratado de las pruebas judiciales* (M. Ossorio, Traducción). Granada: Editorial Comares.
- Climent Durán, C. (1999) *La prueba penal*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch.
- Congreso de la República de Colombia (2004). Ley 906.
- Correa, S. M. (2010). La prueba ilícita en el proceso penal colombiano a partir de la Constitución de 1991. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 40(113), pp. 351-379.
- Corte Constitucional (2002). Sentencia SU-159. M.P. Cepeda Espinosa, M.
- Corte Constitucional (2005). Sentencia C-591. M.P. Vargas Hernández, C.
- Corte Constitucional (2006). Sentencia T-171. M.P. Vargas Hernández, C.
- Corte Suprema de Justicia (2009). Auto interlocutorio de casación 31127, 20 de mayo.
- Díaz, O. H., Prieto, C. & Rodríguez, N. P. J. (2015). La prueba ilegal e ilícita, su tratamiento de exclusión probatoria en el proceso penal colombiano. *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*, 8(9), 229-238.
- Fenoll, J. N. (2018). *Inteligencia artificial y proceso judicial*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Ed, Trotta.
- Ferrer Beltrán (2018). *Prolegomena to a theory on standards of proof. The test case*

- of State liability for wrongful pre-trial detention.* Inédito.
- Foucault, M. (2010). *El coraje de la verdad.* (H. Pons, Trad.) México: Editorial del Fondo de Cultura Económica.
- García Valencia, J. I. (2002). *Instituciones de derecho penal y procesal.* Bogotá: Editorial Gustavo Ibáñez.
- Guastini, R. (2015). Interpretación y construcción jurídica. *Isonomía*, (43), pp. 11-48.
- Hairabedián, M. (2002). *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal.* Buenos Aires: Ed. AD-HOC.
- Hart, H. L. A. (2014). *Discrecionalidad.*
- Herrera Aldana, E. & Cortés Cubides, J. O. (2011). *Prueba ilícita y prueba ilegal criterios y diferenciación* (Master's thesis, Universidad Libre).
- Laudan, L. (2009). *Truth, error and criminal law: an essay in legal epistemology.* New York.
- Putnam, H. (1994). *Sentido, sinsentido y los sentidos.* (N. Goethe, Trad.). Barcelona: Editorial Paidós.
- Rodríguez, C.B. (1999). *Metodología jurídica.* México: Oxford University Press.
- Rosenberg, L. (1929) *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts.* Berlín.
- Talavera Elguera, P. (2009). *La prueba en el nuevo proceso penal: manual del derecho probatorio y de la valorización de las pruebas en el proceso penal común.* Lima.
- Taruffo, M. (2010). *Simplemente la verdad. El Juez y la reconstrucción de los hechos.*
- Zamora-Acevedo, M. (2014). La búsqueda de la verdad en el proceso penal. p. 168. [En línea] <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33626.pdf> [Consulta 12 julio 2020.]