

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

Camilo Andrés Maiguel Donado²

Resumen: En el presente artículo de investigación se pretende demostrar que los sistemas de inteligencia artificial no puede valorar la prueba ilegal o ilícita de una 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. De esta forma, se ha procurado por la utilización del paradigma hermenéutico y la aplicación de la técnica de análisis documental para estructurar de manera deductivo el argumento descrito. Se partió desde la ubicación epistemológica de la cláusula de exclusión probatoria consagrada por la ley 906/2004 y la crítica al mismo sistema toda vez que no puede truncar el fin del proceso penal (que es la búsqueda de la verdad). Para luego caracterizar el mismo en el marco de su constitucionalización y así llegar a la discusión sobre la valoración de la prueba ilegal e ilícita en este contexto. Finalizando así con un análisis sobre la aplicación de un estándar probatorio de tales calidades con base en los sistemas de Inteligencia Artificial. Esto arrojó como resultado que es inviable poner en manos de la IA la exclusión de la prueba en el proceso penal, pues esta actividad conlleva 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

¹ Producto obtenido a partir de la presentación oral del autor Camilo Andrés Maiguel Donado 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.

² Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad del Atlántico (Colombia). Perteneciente a los semilleros de investigación: Nihil Novi Sub Sole, Ius Penale y Chiovenda. Miembro del ICDP (Instituto Colombiano de Derecho Procesal). Investigador activo en las áreas de derecho penal, procesal, probatorio, constitucional, filosofía del derecho y sociología jurídica. ORCID: 0000-0001-8758-7403. Correo: cmaiguel@mail.uniatlantico.edu.co

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.

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 manos del derecho probatorio, toda vez que este tema álgido de debate que se ha hecho un espacio dentro del pensamiento jurídico contemporáneo. Así mismo, La relación directa entre el derecho probatorio con las diversas disciplinas es vital, pues se puede llegar a aseverar que el proceso tiene como estructura primordial la prueba.

Así mismo, últimamente ha entrado a la discusión contemporánea la inteligencia artificial y su posible anidación con estas dinámicas procesales modernas. En ese sentido la prueba emerge desde la controversia de los hechos como parte sustancial dentro de las actuaciones judiciales. A partir de ello, los estándares para la valoración de la prueba son parte fundamental del proceso y se estudiará si estos se pueden poner en manos de la inteligencia artificial. (Talavera Elguera, 2009)

En el proceso penal es especialmente donde la prueba ha sido uno de los temas más discutidos; verbigracia, esta es concebida en la ley 906/2004 como la espina dorsal de cualquier procedimiento en materia penal. Así mismo se ha garantizado en la misma ley, la controversia de la prueba desde un punto de vista de la legitimidad de la posibilidad de presentación de dicha prueba como tal, como está al tenor del art. 23 de la ley 906/2004

En un Estado Social de Derecho, un derecho penal liberal debe buscar la consecución de la justicia y en un proceso penal, parte del esclarecimiento de los hechos; en últimas, 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)

De la misma forma, la prueba que ha sido recogida ilegalmente o por fuera de la esfera de actuación legal del investigador, se tiene de plano que debe excluirse del proceso. Sin embargo habrá que 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).

Es precisamente de la concepción demoliberal de un derecho penal que procura por la búsqueda racional de la verdad, donde la cláusula de exclusión probatoria concebida en el código del procedimiento penal colombiano, donde surge unas grande interrogantes a saber por la academia y que se intentará responder en esta ponencia: ¿Representa la prueba recogida de manera ilegal un atentado al Estado Social de Derecho?, ¿La exclusión de la prueba representa un atentado al sentido del derecho penal por cuanto este busca la verdad?, ¿puede la IA resolver estas interrogantes en un caso concreto?

DESARROLLO

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

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

Como se ha dicho, el proceso penal se fundamenta principalmente en la prueba como uno de los esquemas conceptuales para lograr lo fines de este mismo. El Estado -así mismo- 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 tales como: el respeto por la dignidad humana, la libertad, convencionalidad, igualdad, legalidad, imparcialidad, etc.

En un proceso penal, se parte de un hecho que se presume criminoso y se pugna por delimitar una verdad. De este modo, el proceso penal busca utilizar los diversos mecanismos de ordenamiento jurídico para el esclarecimiento de los hechos y de esta forma 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, donde todo hecho tendrá 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. Pg. 42). De esta forma, se puede aseverar que la prueba no solo constituye el fundamento para la lógica argumental, sino para la acusadora.

Del modo expuesto, resulta inocuo por parte del fiscal presentar una teoría del caso si estas 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 transmutará 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 punitivo.

“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 estos 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 debates reglas que rigen el debate.” (Bedoya Sierra, 2008. Pg. 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. Se deben respetar siempre las garantías procesales y en ese sentido de manera constitucional y legal se han establecido diversas normativas para la protección de los derechos mencionados.

“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. Pg.231)

Posteriormente a que se promulgara la carta política en Colombia y con el inminente avance que vivenciaron las diversas ramas del derecho, la ley penal no se pudo quedar atrás y con la ley 906/2004 se dejó a la observancia que el legislador buscó con esta normativa, procurar por la defensa de las garantías del procesado, esto máxime como un lastre del proceso que pasó el 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. Pg.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 garantizársele 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) Lo cual permite introducir en la discusión el tema de la verdad en el proceso penal.

1.2. 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 como el vehículo que transporta el proceso hacia esa búsqueda gnoseológica por la verdad y el conocimiento racional de los hechos. De ese modo, habrá que analizar cuáles son 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. De esta forma, “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. Pg. 148)

Es precisamente en el albor de desarrollo tecnológico donde se puede hacer el análisis extensivo sobre la prueba en el derecho y su papel creciente. Partiendo del punto de que hoy en día la tecnología facilita en gran medida el acceso a la información, pasando por el papel que tiene esta en la diligencia de las actividades y a veces hasta en el desarrollo de las mismas de manera sustitutiva al ser humano, el análisis sobre la verdad crece en gran medida ontológicamente. (Zamora-Acevedo, 2014)

Pero volviendo al punto bajo observancia, el hallar la verdad sobre los hechos en el marco de un proceso judicial posterior a la realización de los mismos, resulta una labor exhaustiva de investigación por parte del cuerpo técnico del Estado encargado de esto, 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 qué pasa con relación a la parte fáctica del caso.

Es entonces 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” (Pg. 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)

Pero en sentido general, el proceso penal siempre debe ir en búsqueda de 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 enarbolarse como el mecanismo para la promoción de la jurisdicción en su sentido justicial. (Zamora-Acevedo, 2014)

De este modo, queda perfecto ajustarse al concepto de verdad que plantea García Valencia (2002): “Por verdad entendemos los conocimiento 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” (Pg. 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 por 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. Lo dicho deja un panorama bastante escuálido y plantea al proceso como un posible distorsionador de la verdad si no es llevado a cabalidad dentro de su conducto regular.

De esta forma, se alcanzan a distinguir dos verdades: La real y la procesal. Y a pesar de que no siempre puedan corresponder, la verdad procesal siempre debe procurar por acercarse a la real para la consecución de la justicia; pues como ya lo hemos dicho, 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 que le acaece al 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 fungen un papel sustancial, pues entre más fuertes estas sean, más van a corresponder o acercar la verdad procesal a la verdad material; pero de otro lado, muchas pruebas no tan pesadas, van a distorsionar la verdad y se enarbolará a verdad procesal 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 las 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. Pg. 149)

1.3. La valoración de la prueba ilícita en el proceso penal Colombiano

Lo acotado con anterioridad, cobra vital importancia para ir orientando la discusión al plano que de verdad debe conocerse bajo la observancia de la lupa juzgadora sobre las pruebas, la verdad y la IA. Y es en el primer punto, donde es menester establecer ciertas diferenciaciones dentro del marco de lo cognoscible, toda vez que tiende a confundirse su tratamiento dentro de la forma cómo es recogida, cómo se trata y luego su plausible valoración.

La prueba, como ya es conocida parte importante del proceso, debe respetar las debidas garantías judiciales. Así mismo, la consecuencia de no respetar dichas garantías es la declaración de estas pruebas como ilegales o ilícitas. Pero posterior al juicio de valor del cual se ha hecho referencia, debe interesarse el juzgador por utilizar la cláusula de exclusión

probatoria, consagrada en el Art. 23 de la ley 906/2004. Ocupará la discusión actual, aquel juicio de valor.

Para hacer un acercamiento más preciso, se debe delimitar que en el Art. 29 de la constitución política colombiana, se habla de una nulidad de a prueba que es recogida sin respeto al debido proceso. Al tenor de este artículo, el legislador desarrolló más adelante en el código del procedimiento penal la cláusula de exclusión probatoria que servirá como base de lo dicho. 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)

Pero teniendo en cuenta lo dicho, y a pesar de que la cláusula le dé un tratamiento a la prueba ilegal e ilícita, habrá que distinguir entre estas dos, acercándose la diferenciación conceptual a un amplio debate que se ha generado en el seno de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia. De donde se ha podido obtener gran presagio sobre la distinción no solo conceptual, sino instrumental y operativa en cuanto al tratamiento que estas 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. Pg. 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 esta 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) o cuando tiene un vínculo atenuado (purged taint) con la principal, o (iii) cuando se trata de un descubrimiento inevitable (inevitable

discovery) en caso que por otros medios legales de todas maneras se habría llegado a establecer el hecho.” (Corte Suprema de justicia, 2009. Pg. 1)

De la misma forma, la sala se refiere a la prueba ilegal “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. Pg. 2)

Por su parte, la Corte Constitucional ha señalado un punto álgido de debate dentro de la discusión en cuando a la subsidiariedad de la prueba y su posible valoración; pues inicia a centrarse la reflexión en torno a los límites delgados entre la búsqueda de la verdad material y las formalidades de la recopilación de pruebas. Atenuado esto de gran modo con la comparación plausible sobre la labor del juez y su inminente comparación 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. Pg. 233)

De esta forma, la corte se ha encargado de la construcción de una herramienta de interpretación para el uso hermenéutico donde se le da la potestad al juez para que determine 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. Pg. 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 por 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 – anidados a la discusión- toman especial valor para las preocupaciones contemporáneas del derecho procesal penal.

1.4. La cláusula de exclusión probatoria en el proceso penal

Se destaca que posterior a la realización del juicio de valor sobre la ilegalidad o ilicitud de la prueba, el juzgador debe proceder a la declaratoria de la exclusión de la misma del proceso, dejando así sin efectos su consideración, aportes y posible valoración de la misma. Labor que le es conferida al juez en su potestad argumental teniendo en cuenta los criterios destacados con anterioridad y donde la jurisprudencia de las altas cortes ya hecho especial mención.

Teniendo en cuenta el papel fundamental que cumple la prueba dentro del proceso penal, se debe resaltar la importancia y lo difícil que debe ser excluir la misma 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 la experiencia y hasta doctrinales sobre todo en materia penal para a debida argumentación de la exclusión de una prueba.

El juez en esta labor, está beneficiando los derechos del procesado, pero de otro lado está atentando (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 por que se le conculque su derecho garantizando la retribución punitiva en calidad del delito cometido.

Pero para poder entender el debate que se sienta en la silla más importante dentro de la mesa que es el tema a colación, vale la pena traer el párrafo anterior y ponerlo a disposición

de 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 906/2004.

De primer plano, se tiene el sistema que propugna dentro del sistema judicial de Estado Unidos. La *exclusionary rule* como es llamada en dicho país, comienza en el caso *Bram vs. Estado Unidos*, sin embargo fue hasta el caso *Boyd vs. Estado Unidos* donde se asentó de verdad esta regla. Ambas, y en posteriores jurisprudencias, tal como en la sentada por la Corte Constitucional, 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 70 se inició un proceso de limitación de la regla de exclusión, para los 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).” (Díaz, O. H., Prieto, C., & Rodríguez, N. P. J., 2015. Pg. 234)

De otro lado, en la Europa continental, se hizo referencia a la teoría propuesta por Luigi Ferrajoli (1995), donde sostiene que los principios constitucionales son la base que sustenta la cláusula de exclusión de la prueba en el proceso judicial. Así mismo se sostuvo en Alemania la teoría de la ponderación, donde se 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)

La tesis de la ponderación en cuanto a la exclusión probatoria 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, aun cuando propugna la teoría propuesta por la Corte Suprema de los Estados Unidos, la crítica y reflexión que se quiere hacer al respecto es que probablemente con respecto a la situación planteada en el

temario inmediatamente anterior, la teoría alemana de la ponderación sea más adecuada para la garantía de los derechos de los asociados y no solo de una parte pensando en el límite a la labor jurisdiccional.

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

1.5. La IA y la imposibilidad de conseguir verdad

Como ya se ha mencionado, el debate sobre la posibilidad del juez en busca de 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 un juez para decidir sobre esta materia, teniendo así una propuesta de independencia y discrecionalidad judicial bastante prometedora, como también peligrosa y que debe estar atenuada por ciertos límites, pero no tan restrictiva como lo es actualmente.

En el sentido de lo dicho, se puede determinar que es toda una verdadera labor intelectual racional la que debe hacer el juez para sustentar debidamente la decisión que tome al respecto, por esta misma razón se ha hecho especial la denominación que se le da a juzgador en el modelo de justicia que se propone para tal instancia dentro del proceso. Es por ello que se defienden las calidades humanas y la construcción lógica del sentido en la praxis judicial. (Guastini, R. 2015)

En los últimos tiempos, se ha hecho mella en la probable aplicación de un modelo de justicia basada en la labor de la inteligencia artificial como posible reemplazo del juzgador en ciertas instancias. Es por ello, que se ha querido hacer especial mención a este tema y cómo puede desarrollarse dentro de un debate tan vivo como lo es el límite entre la verdad judicial y la cláusula de exclusión probatoria en manos de la inteligencia artificial.

En este sentido, Jordi Nieva Fenoll (2018) ha dicho ya que en cuestión de estándares probatorios, la inteligencia artificial tiene un panorama bastante limitado en cuanto a su papel

reemplazante. Más bien la IA dentro de una valoración probatoria para la aplicación de la cláusula de exclusión probatoria, podría fungir dentro del proceso una labor similar a la 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” (Pg. 29)

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

En ese sentido la verosimilitud objetiva constituiría un verdadero valor de probabilidad o certeza personal del juez, donde la probabilidad inductiva evoluciona para terminar un la 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.

2. CONCLUSIONES

Llegados a este punto, vale la pena establecer como conclusión a manera general, que la inteligencia artificial no es capaz de sustituir al operador judicial en la labor de la aplicación de la cláusula de exclusión probatoria, toda vez que esta se debe sopesar con criterios diversos que permitan la construcción de una verdad procesal que permita acercarse cada vez más a la verdad material, y este proceso constructivo solo es posible con la hermenéutica desarrollada por un ser humano.

De la misma forma, se hace el llamado en general a que la comunidad jurídica entre a poner en tela de juicio la posibilidad de no excluir ciertas pruebas, que aún en su condición de ilegales o ilícitas, no se constituyen como una *conditio sine qua non* para a exclusión inmediata y no se deba 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. Pg. 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.

De igual forma, pareciere que el sistema de justicia colombiano, propugna un litigio penal basado en sesgos y lastres de justicia formal, donde lo que le debe interesar 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.

Tampoco se busca, la implementación o la crítica al sistema acusatorio; más bien, lo que se reflexiona es que el sistema de justicia penal, debería otorgarle más marco de movilidad al juez a la hora de hacer este análisis sobre la exclusión de la prueba, para que así sea capaz la jurisdiccionalidad de ponderar los intereses, derechos y situaciones de cada actor procesal y así evaluar la circunstancia donde es recopilada la prueba y poder determinar con total libertad si la incluye o no.

La discrecionalidad que se busca, es una virtud intelectual donde la sabiduría práctica de la verosimilitud, pericia y experiencia de un actor judicial debe ir determinada por la capacidad que el mismo debe tener de discernir qué es lo que debe hacerse en los diversos 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 del procedimiento penal, ni tampoco busca que se esté sujeta al capricho.

Lo que se busca es que haya una racionalización de la labor judicial en esta instancia, donde la decisión de excluir o no, sea una construcción hermenéutica entre ley, jurisprudencia, doctrina, reglas de la experiencia y la interpretación evolutiva en especial

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

análisis de la sociología, filosofía, antropología y en todo caso hasta la 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 dentro de la instancia recurrente dentro de la anterior argumentación, por lo que se ha sustentado en actividades racionales e intelectivas, que no son susceptibles de encuadrar dentro de la lógica algorítmica.

Pre-Print

3. 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. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- 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), 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, SA.
- 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 DF: Editorial del fondo de Cultura Económica.

- García Valencia, J. I. (2002) Instituciones de derecho penal y procesal. Editorial Gustavo Ibáñez.
- Guastini, R. (2015). Interpretación y construcción jurídica. *Isonomía*, (43), 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 DF: Oxford University Press, México.
- 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.] Disponible en [Consulta 12 julio 2020.]