

*INTELIGENCIA ARTÍFICIAL ¿OTRO CAMBIO DE PARADIGMA EN EL DERECHO PENAL?**

Artificial intelligence. Another paradigm shift in criminal law?

EDGAR IVÁN COLINA RAMÍREZ**

Fecha de aceptación: 22/10/2023

Fecha de aprobación: 10/12/2023

DOI: 10.14679/2718

RESUMEN: Unos de los grandes avances tecnológicos del siglo XXI, es sin lugar a dudas la IA, pues ésta ha venido a revolucionar nuestra forma de vida y en gran medida a facilitar nuestros quehaceres cotidianos, por ejemplo, desde robots de cocina, termostatos inteligentes, o robots que limpian nuestros hogares, por solo mencionar algunos de ellos. Sin embargo, ante ese gran avance tecnológico también se presentan nuevos problemas en el ámbito del Derecho. Estos conflictos, específicamente en el ámbito del Derecho penal, se ven agravados en los casos que los soportes informáticos o robots dotados de IA causen daños o pongan en peligro a las personas, pues nos enfrentamos a supuestos en los que las máquinas o programas informáticos actúan de mutuo propio aplicando los diversos algoritmos con los que fue programada, incluso yendo más allá no se puede atribuir ningún tipo de responsabilidad, ni al programa-

* El presente artículo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación “El acceso a la justicia de las personas vulnerables”, subvencionado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, Proyectos I+D+i de Generación de conocimiento (Ref. PID2021-123493OB-100), cuya investigadora principal es la Profa. Dra. Mercedes LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA.

** Universidad de Sevilla.

dor, ni a la empresa que lo fabricó ni mucho menos al usuario final. No obstante, algún sector de la doctrina se manifiesta a favor de que dicho conflicto se resuelva a través del Derecho penal, sin embargo, como se tratará de poner de manifiesto a lo largo del presente artículo, tratar de resolver los problemas generados por la IA a través del Derecho penal resulta desacertado, pues existen otros medios más idóneos y congruentes con el sistema jurídico, que se pueden aplicar en estos supuestos.

PALABRAS CLAVE: Inteligencia artificial, Derecho penal, Responsabilidad penal, imputación, acción, culpabilidad.

ABSTRACT: *One of the great technological advances of the XXI century, is undoubtedly AI, because it has come to revolutionize our way of life and to a large extent to facilitate our daily chores, for example, from kitchen robots, smart thermostats, or robots that clean our homes, just to mention some of them. However, in the face of this great technological advance, new problems also arise in the field of Law. Well, these conflicts, specifically in the field of criminal law, are aggravated in cases where computer supports or robots equipped with AI cause damage or endanger people, since we are faced with cases in which machines or computer programs act mutually own applying the various algorithms with which it was programmed, Even going further, no responsibility can be attributed to the programmer, nor to the company that manufactured it, much less to the end user. However, some sector of the doctrine is in favor of this conflict being resolved through criminal law, however, as will be shown throughout this article, trying to solve the problems generated by AI through criminal law is unwise, since there are other means more suitable and consistent with the legal system, that can be applied in these cases.*

KEYWORDS: Artificial intelligence, Criminal law, Criminal liability, imputation, action, culpability.

Sumario: I. Introducción II. ¿Qué es la inteligencia artificial?; III. Ruptura entre sistemas y actores; IV. *¿Machina delinquere non potest?*; V. Hacia un nuevo Derecho de la responsabilidad, más allá del Derecho penal; VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

A mediados de marzo de 2016, en el Hotel en el Four Seasons de Seúl, Corea del Sur, se llevó a cabo una partida de GO¹, dicho encuentro

¹ Según VÁZQUEZ, Cristian, «El go es el juego de mesa más antiguo de todos los que se practican. Se originó en China hace al menos 2.500 años: las referencias más antiguas que existen datan del siglo IV antes de Cristo. Luego se expandió a Corea y Japón y, a partir del siglo XVI, comenzó a difundirse en Europa. En la actualidad juegan go unos 50 millones de personas en todo el mundo (la mayoría en Asia). Se trata de un juego de

no tendría mayor trascendencia que el de un simple dato en las crónicas periodísticas; sin embargo, dicha noticia dio la vuelta al mundo porque era la primera vez que se enfrentaba una máquina de IA a un humano (Lee SEDOL) en este tipo de juego.

Si bien existe un antecedente similar, ya que, en febrero de 1996, el ordenador denominado Deep Blue derrotó al campeón mundial Garry KASPAROV² en el juego de ajedrez. No obstante, la diferencia radicó que el GO es un juego que se caracteriza por la intuición y la creatividad, atributos inherentes a la condición humana, por lo que se entendía hasta ese momento que las máquinas únicamente poseían capacidad de cálculo, pero no de decisión.

Este triunfo de la máquina sobre el ser humano es sólo la punta del iceberg de una realidad tangible del avance tecnológico en nuestras vidas, pues no se puede negar que el uso de estas nuevas tecnologías, como los teléfonos inteligentes, las Smart tv, sistemas de localización de los coches e incluso robots aspiradores para el hogar, han facilitado los quehaceres diarios de las personas.

En este sentido, podemos decir que la tecnología se ha apoderado de la sociedad, hoy día no entendemos nuestra forma de vida sin ella, tan es así que la utilización del sistema de mensajería instantánea *WhatsApp* tuvo hasta el 2021 más de 2 mil millones de usuarios activos en todo el mundo³ y en España 35 millones de usuarios⁴, cada día utilizamos teléfonos inteligentes con múltiples funciones, que van desde encargar comida rápida, hasta hacer una gestión ante una oficina pública.

De igual manera, los hogares han entrado en esta vorágine, un claro ejemplo es el uso de viviendas domotizadas⁵. Pues bien, en este contex-

estrategia, cuyas partidas se disputan sobre un tablero cuadrículado con 19 casillas por lado», *vid* «Los cinco beneficios del go, el juego de mesa más antiguo del mundo», el-Diario.es, 30 de enero de 2019, https://www.eldiario.es/era/beneficios-juego-mesa-antiguo-mundo_1_1727343.html.

² FERNÁNDEZ CANDIAL, Alba «Deep Blue-Kaspárov: cuando la máquina venció al hombre», *La Vanguardia*, 10 de febrero de 2021, sec. Universo JR, <https://www.lavanguardia.com/vida/junior-report/20210210/6234712/kasparov-deep-blue-maquina-vencio-hombre.html>.

³ *Vid.* MINICHIELLO, Mauro «¿Cuántos usuarios tiene WhatsApp en la actualidad?», *Urban Tecno*, 28 de octubre de 2022, <https://www.mundodeportivo.com/urbantecno/aplicaciones/cuantos-usuarios-tiene-whatsapp-en-la-actualidad>.

⁴ MINICHIELLO, Mauro, *loc. cit.*

⁵ Se entiende una vivienda domotizada o domótica es, aquella que integra una serie de automatismos en materia de electricidad, electrónica, robótica, informática y telecomunicaciones con el objetivo de proporcionar al usuario un aumento del confort, seguridad, ahorro energético, facilidades de comunicación, etc., *vid.* MILLÁN-TEJEDOR, Ramón Jesús, «La vivienda domótica», *Tendencias*, n.º 200 (julio-agosto de 2003), pág. 197.

to de avances y conquistas tecnológicas, se plantean nuevos retos, para compaginar las nuevas formas de vida y sociedad⁶, en donde el centro y referente de nuestras vidas son las nuevas empresas tecnológicas, afincadas en el olimpo de Silicon Valley, cuyos adoradores y fervientes seguidores somos todos. *¡Ellos son los nuevos dioses!*

Estos dioses omnipotentes conocen todo sobre nosotros, nuestros gustos y preferencias, si hacemos deporte, si tenemos una cuenta bancaria, un automóvil, etc., tienen nuestros datos personales. Y como todos los dioses no son tan buenos, algunos de ellos utilizan dichos datos para fines perjudiciales en contra de sus propios usuarios, éstos que tanto confían y adoran esas nuevas tecnologías.

En efecto, desde hace tiempo se ha venido anunciando una especie de apocalipsis de la información, en referencia a los problemas que a nivel de seguridad e intimidad se están generando, por ejemplo cuando un usuario se conecta por *wifi* y en red, los datos personales se suben a los servidores de Google, así cada página o programa tiene su peculiar política de privacidad, sus términos de servicio y sus permisos de licencia para uso final, estos acuerdos, que dicho sea de paso casi nadie lee, o si se llega a hacer no se valora suficientemente el alcance del consentimiento que se está otorgando, pues, se comparte información familiar y sensible con otros dispositivos, con personal anónimo y con terceros a efectos de análisis predictivos y de su venta, y que dicho sea de paso nadie se responsabiliza, por ejemplo la empresa NEST, a pesar de que esta recopila de manera directa la información⁷, no responde de la seguridad y el uso que se le da⁸.

Otro claro ejemplo, de los problemas que se generan con el uso de las nuevas tecnologías, es la perpetuación de los datos que aparecen en la red (Google), pues se entiende que una vez publicado no desaparecen⁹,

⁶ Vid. ampliamente un interesante artículo periodístico de GIDDENS, Anthony «Una Carta Magna para la era digital», trad. a PUIG DE LA BELLACASA, José Marí, *La Vanguardia*, 6 de mayo de 2015, sec. Sociedad, 46, <https://www.lavanguardia.com/vida/20180506/443286426188/una-carta-magna-para-la-era-digital.html>.

⁷ NEST, es una marca de Google LLC que se utiliza para comercializar productos de domótica que incluyen altavoces inteligentes, pantallas inteligentes, dispositivos de transmisión, termostatos, detectores de humo, enrutadores y sistemas de seguridad que incluyen timbres inteligentes, cámaras y cerraduras inteligentes, vid. en https://es.wikipedia.org/wiki/Google_Nest (consultado el 09/01/2023).

⁸ ZUBOFF, Shoshana, *La era del capitalismo de la vigilancia. La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras del poder*, trad. SANTOS, Albino (Barcelona, Paidós, 2020), págs. 20 y ss.

⁹ Vid. con las referencias que ahí se citan a MORENO BOBADILLA, Ángela «El derecho al olvido digital: una brecha entre Europa y Estados Unidos», *Revista de Comunicación* 18, N.º 1 (20 de febrero de 2019): págs. 259 y ss.

con las consecuencias que a la larga puede generar una información determinada, a pesar de los años que pudiesen haber transcurrido.

Un ejemplo que causo gran revuelo en España fue el caso de Mario COSTEJA, que trataba de borrar los datos que permanecían en el buscador Google, en dicha información aparecían él y su entonces esposa como deudores y propietarios de una vivienda embargada por la SS, sin embargo la información procedía de un periódico que había digitalizado sus publicaciones desde hace muchas décadas, no obstante que cuando ello se digitalizó la deuda ya se había saldado y él se había divorciado. De ahí que su asombro llegase cuando éste realizó una búsqueda sobre sí mismo y encontró esta noticia. Después de varios años de litigio se pidió a Google que se retirasen aquellos enlaces con información antigua que perjudicaban al afectado¹⁰.

Estos hechos, provocaron que el TJUE se pronunciase al respecto en la sentencia de 13 de mayo de 2014, en la cual se señaló que la legislación de la UE en referencia a la protección de datos otorga a sus ciudadanos el derecho a instar a los buscadores retiren determinados resultados de las consultas relacionadas con su nombre¹¹.

De igual manera, dicha resolución dio lugar a la aprobación del el Reglamento General de Protección de Datos por parte de la UE, en el que en su artículo 17, establece el derecho de supresión¹².

¹⁰ ROMERO, Pablo «Mario Costeja frente a Google: “Yo defendí la libertad de expresión recibiendo hostias de los grises”», *El mundo*, 13 de mayo de 2014, sec. Tecnología, <https://www.elmundo.es/tecnologia/2014/05/12/53709f5ce2704e902e8b4573.html>. (Consultado el 18/03/2023)

¹¹ *Vid.* al respecto la resolución ECLI:EU:C:2014:317, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) consultada on line el 11/01/23, https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=152065&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&ir=&occ=first&part=1&cid=1203266#Footnote*

¹² Art. 17. 1. El interesado tendrá derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernan, el cual estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos personales cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: a) los datos personales ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo; b) el interesado retire el consentimiento en que se basa el tratamiento de conformidad con el artículo 6, apartado 1, letra a), o el artículo 9, apartado 2, letra a), y este no se base en otro fundamento jurídico; c) el interesado se oponga al tratamiento con arreglo al artículo 21, apartado 1, y no prevalezcan otros motivos legítimos para el tratamiento, o el interesado se oponga al tratamiento con arreglo al artículo 21, apartado 2; d) los datos personales hayan sido tratados ilícitamente; e) los datos personales deban suprimirse para el cumplimiento de una obligación legal establecida en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento; f) los datos personales se hayan obtenido en relación con la oferta de servicios de la sociedad de la información mencio-

Por si esto fuese insuficiente, otro de los problemas que se han generado y probablemente uno de los más graves a nivel de democracia, consiste en la manipulación de los usuarios para poder influir en sus decisiones no sólo a nivel de consumo, sino a la hora de tomar decisiones políticas (votaciones). Un claro ejemplo se vio patente en las elecciones de 2016, en Estados Unidos de América, pues quedó demostrado que *Cambridge Analytica* adquirió de forma indebida información de 50 millones de usuarios de la red social *Facebook* en Estados Unidos, con la finalidad de influir en los votantes¹³.

Es ante estos nuevos desafíos, que se pone a prueba la capacidad de respuesta de las instituciones del Estado con las que contamos para la debida protección de bienes (jurídicos), pues se entiende de manera general que la respuesta del Derecho debe ir a la par del avance de la sociedad; si bien en principio esta apreciación puede ser correcta en su fundamento, no compartimos, sin embargo, la idea de que esta protección, deba ser necesariamente a través de Derecho penal, pues existen otras instancias menos lesivas, pues, no obstante que en las últimas décadas parece ser lo contrario, no podemos olvidar, que el sistema punitivo se justifica entre otras cosas por una mínima intervención, dicho de otra manera, cuando se pueda proteger a la sociedad a través de otros medios menos lesivos para los derechos fundamentales, se deberá optar por estos, pues no cabe

nados en el artículo 8, apartado 1. **2.** Cuando haya hecho públicos los datos personales y esté obligado, en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, a suprimir dichos datos, el responsable del tratamiento, teniendo en cuenta la tecnología disponible y el coste de su aplicación, adoptará medidas razonables, incluidas medidas técnicas, con miras a informar a los responsables que estén tratando los datos personales de la solicitud del interesado de supresión de cualquier enlace a esos datos personales, o cualquier copia o réplica de los mismos. **3.** Los apartados 1 y 2 no se aplicarán cuando el tratamiento sea necesario: a) para ejercer el derecho a la libertad de expresión e información; b) para el cumplimiento de una obligación legal que requiera el tratamiento de datos impuesta por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento, o para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable; c) por razones de interés público en el ámbito de la salud pública de conformidad con el artículo 9, apartado 2, letras h) e i), y apartado 3; d) con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad con el artículo 89, apartado 1, en la medida en que el derecho indicado en el apartado 1 pudiera hacer imposible u obstaculizar gravemente el logro de los objetivos de dicho tratamiento, o e) para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones.

¹³ Sin referencia de autor, «5 claves para entender el escándalo de Cambridge Analytica que hizo que Facebook perdiera US\$37.000 millones en un día», *BBC News Mundo*, 20 de marzo de 2018, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-43472797>. (consultado el 11 de enero de 2023).

duda que el principio de máxima utilidad posible para las víctimas debe alternarse con el principio de mínimo sufrimiento para el delincuente¹⁴.

Sin embargo, y pese a las denuncias, que un gran sector de la dogmática ha venido señalando, en referencia al incremento tanto cuantitativo como cualitativo del sistema penal¹⁵, en el que se ha generado una especie de *totum revolutum*, pues confluyen nuevas realidades sociales que merecen ser reguladas por el Derecho penal y otras que sin tener estas características, han venido incrementado su tutela; un claro ejemplo de ello es el recién incorporado delito de acoso para no abortar del art. 172 *quater* por Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril¹⁶; esto es lo que SILVA SÁNCHEZ, ha denominado una expansión irracional¹⁷.

Pues bien, la denuncia de este incremento desmedido se justifica en tanto que la utilización del Derecho penal restringe garantías sustantivas y procesales de un Estado Social y Democrático de Derecho¹⁸, pues en muchos de los casos no cabe duda que dicha expansión responde a una ideología concreta que no es otra cosa que la «*ley y el orden*», o dicho de otra manera la búsqueda de la seguridad en su máxima eficacia, por lo que todo aquello que sirva como muro de contención para lograr la anhelada seguridad debe ser derribado, con el consecuente alejamiento de un modelo garantista sin importar los costes que ello conlleva. De ahí que no falte la razón a quienes denuncian que la protección a los derechos de las personas se está alejando del Estado social¹⁹.

Por otro lado, es evidente que existen nuevas realidades sociales que necesitan de la protección del Derecho penal, lo cual en momento alguno significa o tiene porque ir en contra de los postulados de un Derecho

¹⁴ Vid. al respecto a MIR PUIG, Santiago *Derecho penal. Parte General*, 10.^a ed., actualizada y revisada con la colaboración de Víctor GÓMEZ MARTÍN y Vicente VALIENTE IBÁÑEZ, (Barcelona: Reppertor, 2016), pág. 128.

¹⁵ Vid. dentro de la abundante bibliografía a SILVA SÁNCHEZ, Jesús María *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 3.^a ed. (Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2011), *passim*; LANDROVE DÍAZ, Gerardo *El nuevo Derecho penal* (Valencia: Tirant lo blanch, 2009), *passim*; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, «La nueva política criminal española», en *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, Publicaciones de la Universidad de Deusto (Bilbao, 2004), 11-40.

¹⁶ Un análisis sobre el mencionado delito *vid.* COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván «Sobre la reforma al artículo 172 *quater* del código penal», *Cuadernos de política criminal*, n.º 137 (2022): 139 y ss.

¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión de...*, 2011, pág. 12.

¹⁸ LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *El nuevo Derecho...*, 2009, págs. 55 y ss.

¹⁹ SANZ MULAS, Nieves, *Evolución de la política criminal y sus protagonistas. Del totalitarismo de la raza al totalitarismo del dinero* (Valencia: Tirant lo blanch, 2021), págs. 227 y ss.

penal liberal, antes bien se debe adecuar a las nuevas realidades sociales, por tanto, si tenemos en cuenta que las funciones (mantienen el sistema), el Derecho penal como parte de dicho sistema, tiene forzosamente que desarrollarse en el ámbito social y por tanto debe realizar un esfuerzo para asumir los problemas que se generan en la sociedad, por lo que se entiende que la regulación del moderno Derecho penal no desvía ni flexibiliza, ni los principios, ni las garantías del Estado de Derecho, sino antes bien los profundiza, para realizarlos en toda su plenitud²⁰.

Pues bien, dentro de estas nuevas realidades sociales, por si ya pareciese poco las que se han desarrollado en las últimas décadas, tenemos que añadir la IA, pues no cabe duda de que las implicaciones que estas nuevas realidades tecnológicas van a tener un gran impacto en el ámbito jurídico y como es obvio también en materia penal. Como por ejemplo la IA generativa, que crea contenido, como texto, imágenes, música, audio y vídeos, en el que se utilizan modelos que pueden trabajar en varias tareas y llevar a cabo otras preconfiguradas, como resúmenes, preguntas y respuestas, clasificación, etc²¹, pues aquí, en principio se podrían generar amplias discusiones sobre a quién se le atribuye la autoría de la creación, pues suponemos que la IA generativa crea un texto injurioso o realiza un plagio, la duda que se genera es a quien se le debe imputar dicha conducta.

Si bien, la UE, ha tratado de garantizar que los sistemas de IA utilizados sean seguros, transparentes, trazables, no discriminatorios y respetuosos con el medio ambiente. Los sistemas de IA deben ser supervisados por personas, en lugar de por la automatización, para evitar resultados perjudiciales, por lo que se ha propuesto a través de la Ley de IA obligaciones para proveedores y usuarios en función del nivel de riesgo de la IA²².

La nueva normativa establece obligaciones para proveedores y usuarios en función del nivel de riesgo de la IA. Aunque muchos sistemas de IA plantean un riesgo mínimo, es necesario evaluarlos todos. Así dividen el riesgo que genera la IA en diferentes estadios:

Riesgo inaceptable, entendiéndose por estos a los que se consideran una amenaza para las personas y serán prohibidos, e incluyen: manipu-

²⁰ Vid. al respecto un importante trabajo monográfico con la bibliografía que ahí se cita a GRACIA MARTÍN, Luis «La Modernización del Derecho penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de Derecho (Social y Democrático)», *Revista de Derecho penal y criminología* 3 (2010): págs. 27 y ss.

²¹ Vid. <https://cloud.google.com/use-cases/generative-ai?hl=es> (consultado el 14 de diciembre de 2023).

²² Vid. ampliamente <https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20201015STO89417/regulacion-de-la-inteligencia-artificial-en-la-ue-la-propuesta-del-parlamento>

lación cognitiva del comportamiento de personas o grupos vulnerables específicos; puntuación social: clasificación de personas en función de su comportamiento, estatus socioeconómico o características personales; sistemas de identificación biométrica en tiempo real y a distancia, como el reconocimiento facial.

Los sistemas de IA de alto riesgo, en los que afecten negativamente a la seguridad o a los derechos fundamentales se considerarán de alto riesgo y se dividirán en dos categorías, como por ejemplo sistemas de IA que se utilicen en productos sujetos a la legislación de la UE sobre seguridad de los productos, sistemas pertenecientes a ámbitos específicos que deberán registrarse en una base de datos de la UE: identificación biométrica y categorización de personas físicas; gestión y explotación de infraestructuras críticas; educación y formación profesional; empleo, gestión de trabajadores y acceso al autoempleo; acceso y disfrute de servicios privados esenciales y servicios y prestaciones públicas; aplicación de la ley; gestión de la migración, el asilo y el control de fronteras; asistencia en la interpretación jurídica y aplicación de la ley.

En lo referente IA generativa, se tendrá que cumplir requisitos de transparencia, como por ejemplo revelar que el contenido ha sido generado por IA; diseñar el modelo para evitar que genere contenidos ilegales; publicar resúmenes de los datos protegidos por derechos de autor utilizados para el entrenamiento.

En lo referente a los sistemas de IA de riesgo limitado estos deben cumplir unos requisitos mínimos de transparencia que permitan a los usuarios tomar decisiones con conocimiento de causa²³.

Pues bien, todo lo anterior hace necesario plantearse, si es necesario y cuál debe ser la reacción del sistema penal en referencia a estas nuevas realidades, ya que depende precisamente de esta relación el papel o función que deberá desempeñar. Si entendemos que estamos ante un fenómeno totalmente nuevo, o como MASSARO, lo ha denominado *la revolución copernicana*, en el que las nuevas tecnologías podrán determinar un cambio sustancial en el modelo penal, a través de una transformación estructural y radical que no sólo imponga una diversa interpretación de las categorías tradicionales, sino más bien un cambio más radical en el propio sistema²⁴.

²³ Vid. ampliamente documentos de trabajo de la UE, Ley de IA de la UE: primera normativa sobre inteligencia artificial, en <https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20201015STO89417/regulacion-de-la-inteligencia-artificial-en-la-ue-la-propuesta-del-parlamento>.

²⁴ MASSARO, Antonella «Intelligenza artificiale e neuroscienze: l'eterno ritorno del diritto penale», en. PERIS RIERA Jaime Miguel y Massaro Antonella (eds.), *Diritto penale, intelligenza artificiale e neuroscienze*, e (Roma: Roma Tre-Press, 2023), pág. 27.

Sin embargo y a pesar de las barreras que se presentan a nivel de protección de bienes jurídicos ante estas nuevas realidades tecnológicas, debemos tomar con cierta precaución la inclusión ya sea de nuevos tipos penales o el cambio en la estructura de la teoría del delito, pues a nuestro juicio el sistema penal no se puede pervertir por la existencia de categorías novedosas y en cierta forma ajenas al propio sistema penal, pues de lo contrario corremos el riesgo de caer en falacias como ha sucedido con la mal llamada responsabilidad penal de las personas jurídicas, que lo único que han traído al campo jurídico penal es un debate desenfocado fuera del propio sistema, no obstante que sus consecuencias y dislates se discutan precisamente en el ámbito penal²⁵.

En efecto, tratar de incardinar realidades sociales que no corresponden con el espíritu del Derecho penal, tiene un efecto devastador que termina pervirtiendo su esencia, pues una concepción de esta naturaleza a la postre se termina en la falacia de que toda norma que establece sanciones penales sirve a la protección de bienes jurídicos, no obstante que, precisamente a través del principio de mínima intervención, dicha función de protección se cumple de manera parcial, pues no se protegen los bienes jurídicos que se dice o trata de proteger, ya que con ello sólo se protegen los valores sociales²⁶.

Otro modelo que podría servir para abordar a la IA desde el ámbito del Derecho penal es el denominado *el eterno retorno de lo mismo*²⁷, pues no cabe duda de que a pesar de que las nuevas tecnologías establecen *neolenguajes*, a través de conceptos innovadores, ello no significa de manera alguna que estemos ante nuevos fenómenos delictivos nunca vistos *nihil novum sub sole*, sino más bien la forma de realizar esos delitos es lo que ha cambiado, es decir nos encontramos ante viejas realidades penales con nuevas formas de comisión, por tanto, no se trata de cambiar los fundamentos del sistema penal, sino al contrario utilizar las instituciones de la teoría del delito existentes. No obstante que en la actualidad prime un *Derecho penal de la tercera revolución industrial* caracterizado precisamente por función social que desempeña, es decir por la contribución la seguridad ciudadana, el aumento de la confianza de la ciudadanía en

²⁵ Para una mayor comprensión sobre el tema vid. el interesantísimo trabajo de MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando «Societas peccare non potest...: nec delinquere», en BACIGALUPO SAGGESE, Silvina; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo y ECHANO BASALDUA Ignacio (coord.), *Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Miguel Bajo*, ed. (Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016), págs. 361 y ss.

²⁶ Vid. en este sentido a LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *El nuevo derecho...*, *op.cit.*, 2009, pág. 56.

²⁷ MASSARO, Antonella, «Inteligencia artificial e...», *op.cit.*, pág. 28.

las instituciones, etc., por lo que se entiende que este Derecho penal persigue finalidades relacionadas con la evitación de perturbaciones, inseguridades y disfuncionalidades en el seno de la comunidad²⁸.

Pues bien, el objetivo del presente trabajo de investigación es tratar de establecer si es posible poder atribuir los daños o puestas en peligro generadas por la IA en el ámbito del Derecho penal, o, por el contrario, buscar otros mecanismos o alternativas tanto para prevenir como para sancionar las conductas que se generen en el ámbito de la IA.

II. ¿QUÉ ES LA IA?

La primera pregunta que nos planteamos cuando nos aproximamos a un tema tan en boga, pero a la vez tan complejo es *¿qué es la inteligencia artificial?*, respuesta nada fácil, o al menos no tan inteligible a primera vista para los legos de la materia.

Si partimos de la base que el ser humano es un ser racional y por tanto inteligente, debemos entonces entender que tiene un elemento cognitivo que lo diferencia de los demás animales, ello no significa que las otras especies sobre la tierra carezcan o no tengan dicho elemento, pues no cabe duda, que estas la tienen, si bien no se pueden medir de la misma manera que la inteligencia humana²⁹, inclusive, yendo más allá, ni dentro de los propios estudios que existen para definir a la inteligencia se conforman solamente con un solo tipo³⁰, antes bien se podrían clasificar como mínimo en ocho tipos distintos, a saber³¹:

Inteligencia lógico-matemática, que permite resolver problemas de lógica y matemática. Es la concepción clásica de inteligencia.

Inteligencia lingüística, que es la capacidad de usar las palabras y los conceptos verbales de manera apropiada.

²⁸ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. *Curso de Política Criminal* 3ª ed., Tirant lo Blanch, 2021, pág. 120.

²⁹ En sentido similar LÓPEZ DE MÁNTARAS BADIA, Ramon y MESEGUER GONZÁLEZ, Pedro *Inteligencia artificial, ¿Qué sabemos de?* ; 87 (Madrid: Editorial CSIC, 2017), pág. 8.

³⁰ En referencia a los diversos tipos de inteligencia, uno de los trabajos más sobresalientes sobre el tema es el de GARDNER, Howard, *Estructuras de la mente. La Teoría de Las Inteligencias Múltiples*, trad. FERNÁNDEZ ÉVEREST, Sergio, 2.ª ed. (Colombia: Fondo de cultura económica, 2001), *passim*.

³¹ CARRILLO-GARCÍA, María y LÓPEZ, Amando, «La teoría de las inteligencias múltiples en la enseñanza de las lenguas», *Contextos Educativos. Revista de Educación* 0 (21 de mayo de 2014): págs. 81 y ss; Ardila, Rubén, «Inteligencia. ¿qué sabemos y qué nos falta por investigar?», *Revista de la Academia Colombiana de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales* 35 (1 de marzo de 2011): pág. 99.

Inteligencia musical. Talento para reconocer y ejecutar melodías y armonías musicales.

Inteligencia espacial. Capacidad de distinguir el espacio, las formas, figuras y sus relaciones en tres dimensiones.

Inteligencia intrapersonal. La capacidad de entendernos a nosotros mismos, nuestras motivaciones y nuestras emociones.

Inteligencia interpersonal o social. Es la forma de entender a los demás con empatía.

Inteligencia corporal-sinestésica. Capacidad de controlar y coordinar los movimientos del cuerpo y expresar sentimientos por medio de esos movimientos.

Puestas de relieve, las múltiples funciones y definiciones de inteligencia, resulta necesario partir de un concepto lo más apegado a la realidad que conlleva la IA, pues no obstante que existen tan variadas y múltiples definiciones sobre el concepto de inteligencia, consideramos que una definición lo más parecida posible a las funciones que desarrolla la IA, es la más adecuada, por lo que si se considera que la IA desarrolla las funciones cerebrales, lo más conveniente será una definición biologicista, pues las anteriores se aplican a nuestro entender a la mayor facilidad o capacidades de una persona determinada para desarrollar una u otra tarea, sin embargo nada se dice del impulso neuronal que se lleva a cabo para determinar la tarea que se trata desarrollar, lo mismo sucede en muchos de los programas informáticos que establecen una serie de redes que facilitan la transmisión de la información, así como el aprendizaje del propio programa.

Pues bien, dicho aprendizaje en el cerebro humano se hace posible a través del sistema neuronal, que es el que en esencia hace que el desarrollo de habilidades cognitivas y conductuales que permita en gran medida la adaptación de la persona tanto al ambiente físico y social, ello incluye la capacidad de resolver problemas, planear, pensar de manera abstracta, comprender ideas complejas, aprender de la experiencia de éste. No se identifica con conocimientos específicos ni con habilidades específicas, sino que se trata de habilidad cognitiva general, de la cual forman parte las capacidades específicas³².

Ahora bien, y puesto de relieve la no siempre tan sencilla definición de inteligencia cabe poner de manifiesto, si efectivamente en el ámbito de la IA, nos estamos refiriendo al mismo tipo de inteligencia que la humana (lógicamente salvando las distancias) y que tipo de inteligencia, o por el

³² ARDILA, Rubén, *Inteligencia, «¿Qué sabemos y...», op. cit, 2010, pág. 100.*

contrario si son procesos diversos que será mejor deslindar el uno del otro. Dicho de otra forma, lo que se trata de establecer es si existe unos paralelismos entre la inteligencia artificial, y la inteligencia humana!

En efecto, como hemos manifestado con antelación una definición biologicista resulta más adecuada, pues en gran medida las funciones de la IA tienen una gran similitud con el funcionamiento de las neuronas en el cerebro, pues bajo la denominación de IA existe una infinidad de técnicas avanzadas de procesamiento matemático de datos, los cuales se han clasificado a grandes rasgos de la siguiente manera³³:

Procesos de *big data* para la eficiente gestión de grandes volúmenes de datos, las técnicas *data mining*, permiten encontrar patrones y resumir grandes volúmenes de datos de forma comprensible y útil, facilitando la toma de decisiones; así como las *machine learning*, que tienen como finalidad el aprendizaje de las máquinas a medida que incorporan datos actualizados. Las máquinas que procesan el lenguaje natural, tienen como función que los sistemas informáticos sean capaces de entender y manipular el lenguaje logrando que la propia máquina reconozca la voz humana y sea capaz de dar una respuesta coherente, así como poder detectar las emociones que experimenta una persona a partir del reconocimiento facial.

Pues bien, sin lugar a duda y con independencia de las técnicas para las que se utiliza la IA, podemos entender que en todas ellas utilizan sistemas capaces de recopilar datos, tratarlos, analizarlos, interpretar su entorno y pasar a la acción con cierto grado de autonomía, con la finalidad de alcanzar objetivos específicos³⁴. De ahí que se entienda a la IA como el potencial biopsicológico de procesar informaciones para solventar problemas o crear productos que tienen valor en una determinada cultura social; de igual manera se puede entender como el proceso de llevar a cabo una máquina a comportarse de una manera que se considerada inteligente si un humano actuara así³⁵.

³³ Vid. ampliamente con la bibliografía ahí citada a MIRÓ-LLINARES, Fernando «Inteligencia artificial y justicia penal: más allá de los resultados lesivos causados por robots», *Revista de Derecho Penal y Criminología* 20 (1 de julio de 2018): pág. 91.

³⁴ En este sentido se ha establecido la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la unión, en su artículo 3 1), que textualmente establece que: «*el software que se desarrolla empleando una o varias de las técnicas y estrategias que figuran en el anexo I y que puede, para un conjunto determinado de objetivos definidos por seres humanos, generar información de salida como contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyan en los entornos con los que interactúa*» (cursivas añadidas).

³⁵ MCCARTHY, fue el primero que probablemente definió el término IA en la convención de Dartmouth College para discutir la posibilidad de construir máquinas intelligen-

Sin embargo, de esta definición todavía quedan muchas interrogantes en el ámbito de la responsabilidad que se podrían generar debido a la utilización de la IA, pues ¡todavía!, el Derecho penal se rige por criterios de imputación y no así meramente de criterios objetivos, por lo que consideramos que, para tener una visión un poco más completa de las repercusiones de la IA en el ámbito de Derecho penal (sustancial), no sólo necesitamos establecer un concepto, sino más bien saber cómo funciona pues sólo así podremos observar de manera más o menos clara las consecuencias de la IA en el Derecho penal.

En efecto, se dice que la inteligencia artificial utiliza la información a efectos de resolver un problema específico o detectar un problema determinado, sin embargo, la pregunta que surge es ¿cómo? o ¿quién? suministra dicha información a efectos de que la IA pueda llegar al resultado al que llegó. Pues bien, la información de la que se vale la IA para realizar estas decisiones o resultados son los denominados algoritmos, entendidos estos como el conjunto ordenado y finito de operaciones que permiten resolver un problema³⁶, de lo que se deduce, que debe ser finito; con instrucciones perfectamente definidas (conjunto ordenado); y debe efectivo (debe resolver un problema)³⁷.

No obstante, y que se entiende que la IA se nutre de algoritmos, no queda verdaderamente claro si éstos toman sus propias decisiones o son más bien consecuencia de datos previamente dados por la acción humana, pues sólo los primeros (los que son capaces de tomar sus propias decisiones) podrán generar una amplia discusión en el ámbito del sistema penal pues se entiende que estos últimos al ser manipulados por una acción humana, en principio dicha persona tendría que responder.

Pues bien, en la IA, se ha clasificado precisamente estos supuestos en: IA débil (*Artificial Narrow Intelligence*), que se utiliza en el desarrollo de funciones muy específicas y concretas, por ejemplo en la búsqueda de in-

tes, *vid.*, PONCE GALLEGOS, Julio Cesar y TORRES GALLEGOS, Aurora «Introducción y antecedentes de la inteligencia artificial», en PONCE GALLEGOS, Julio Cesar, *et. alli*, *Inteligencia artificial*, (Iniciativa Latinoamericana de Libros de Texto Abiertos), pág. 16, accedido 12 de agosto de 2023, file:///C:/Users/icoli/Downloads/Inteligencia_Artificial_CC_BY-SA_3.01.pdf.; GIRALDI, Angelo «Deshumanizando la culpabilidad: los sistemas inanimados en la teoría del delito», en PERIS RIERA, Jaime Miguel y Massaro, Antonella, *Diritto penale, intelligenza artificiale e neuroscienza*, ed. (Roma Tre-Press, 2023), 125 y ss.

³⁶ Definición de la RAE, *vid.* versión on line <https://dle.rae.es/algoritmo> accedido 12 de agosto de 2023.

³⁷ BARONA VILAR, Silvia, «La seductora algoritmización de la justicia. Hacia una justicia poshumanista (Justicia+) ¿utópica o distópica?», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, N.º 100 (Septiembre-Octubre) (2022): pág. 37.

formación, traducción automática, recomendaciones; la otra modalidad es la denominada fuerte o nivel humano (*Artificial General Intelligence*), que aprende y realiza tareas que son típicas de los humanos, como por ejemplo proponer soluciones en negociaciones o mediaciones, puede resolver/decidir cuestiones muy reiterativas estadísticamente hablando; y la Super IA, que pretende superar las capacidades humanas, generando tareas de gobierno, gestión, decisión, etc., inspirando el movimiento posthumanista y transhumanista³⁸.

III. RUPTURA ENTRE SISTEMAS Y ACTORES

Es doctrina pacífica, entender que el Derecho penal es el conjunto de normas, valoraciones y principios jurídicos que desvaloran y prohíben la comisión de delitos y asocian a éstos, como presupuesto, penas y/o medidas de seguridad, como consecuencia jurídica³⁹. Pues bien, este conjunto de normas va dirigido a un destinatario (personas). Estas normas, aparecen en enunciados legales que a su vez contienen diversos mensajes ya sea prescriptivos, prohibitivos o permisivos.

Así en principio, se han distinguido dos clases de normas, por un lado, las normas primarias, dirigidas a los ciudadanos prohibiéndoles la comisión de delitos y por otro, las normas secundarias dirigida a los jueces en el que se les ordena la imposición de sanciones en caso de que se cometan delitos⁴⁰.

Si bien la discusión durante casi todo el siglo pasado se centró en si las normas primarias contenían enunciados valorativos o determinativos, lo que derivó a su vez en una polémica que se centraba en que para algunos las normas de determinación no eran esenciales, pues éstas se limitaban a establecer un orden cuya inobservancia constituye la infracción antijurídica, no obstante la antijuridicidad sólo se podía plantear con un determinado círculo de personas, es decir con aquellos que son capaces de comprender la norma, pues únicamente frente a estos cabía decir que además de lesionar el Derecho, han infringido un deber, en resumidas cuentas, se podía entender una antijuridicidad no culpable⁴¹.

³⁸ BARONA VILAR, Silvia, «La seductora algoritmización...», *op.cit.*, pág. 38.

³⁹ MIR PUIG, Santiago *Derecho Penal. Parte General...*, *op.cit.*, 2016, pág.48.

⁴⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2.^a ed. (Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2010), pág. 506.

⁴¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Política criminal y persona* (Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000), pág.16.

Por otra parte, diverso sector entendía que la determinación era necesaria a la propia norma, ya que resulta ilógico pensar que la propia norma *per se* carece de destinatarios, pues en verdad sólo quienes son capaces de entender las normas, pueden vulnerarla es decir la antijuridicidad lleva consigo la culpabilidad. Diversa posición (intermedia) es la que establece KAUFMANN, cuando propone que la norma se establece como un deber, sólo para quienes, en la concreta situación, sean capaces de realizar su contenido, sin embargo, tal capacidad de realización no es otra cosa que la capacidad de realización de una acción concreta, por lo que no se precisa la imputabilidad⁴².

En los últimos decenios ha surgido una diversa vertiente de entender a las normas jurídico-penales, pues la discusión ya no se centra en si estamos ante normas de valoración o de determinación, sino más bien se entienden éstas como expectativas de conducta institucionalizadas y estabilizadas contrafacticamente, pues el delito es un fenómeno social en cierta forma ajeno a la relación norma-infractor, pues no cabe duda que la sociedad se ve afectada, al no cumplirse la expectativa de fidelidad al Derecho la propia sociedad respecto a todos sus integrantes⁴³.

Pues bien, las posiciones aparentemente encontradas como certeramente señala SILVA SÁNCHEZ, no lo son tanto, pues se entiende que la concepción normativa pone de manifiesto la relación que tiene el Derecho con cada integrante de la sociedad, pero no en el sentido de comunicación con él como delincuente potencial, sino al contrario como víctima potencial, pues aquí la norma genera una orientación institucionalizada de sus expectativas, mientras que en el caso del delincuente potencial, la norma sirve como una directiva de conducta, que se dirige a él como sujeto interesado⁴⁴. Dicho brevemente, la norma desempeña una doble función en tanto se dirige a la sociedad como un modelo configurador de expectativas, mientras que, en el sujeto infractor, la norma sirve como un modelo orientador de su conducta.

Dicho esto, y con independencia de la postura que se adopte en referencia al concepto de «norma», consideramos que se encuentra fuera de discusión que la norma se dirige a los sujetos de carne y hueso, a los

⁴² KAUFMANN, Armin, *Teoría de las normas: fundamentos de la dogmática penal moderna*, trad. BACIGALUPO, Enrique y GARZÓN VALDÉS, Ernesto, (Buenos Aires: Depalma, 1977), págs. 381 y ss.

⁴³ Vid. ampliamente a JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. CANCIO MELIÁ, Manuel y FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, (Madrid: Civitas, 1996), pág. 64.

⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al...*, *op.cit.*, 2010, pág. 585.

sujetos que son capaces de entenderlas y configurar su comportamiento conforme a las propias directivas de conducta establecidas previamente por las normas.

No obstante, dicha afirmación parece más que obvia, pues es innegable que el desarrollo de la teoría jurídica del delito se ha sustentado en el ser racional, sin embargo en los últimos años se ha puesto en entredicho el fundamento y razón de ser del propio sistema jurídico, tratando de atribuir responsabilidad «penal», a entes que carecen de la capacidad de acción y culpabilidad; dos pilares fundamentales para poder imputar responsabilidad penal⁴⁵.

Como es lógico, las normas y los deberes solo se imponen a sujetos que puedan infringirlos o cumplirlos, de ahí que se entienda que la persona es destinataria de deberes, pues tiene capacidad de infringirlas, es decir esta capacidad de acción y de culpabilidad es inherente a las personas físicas, pues sólo estas son destinatarias de las normas y por tanto titulares de derechos y obligaciones, la persona no tiene derechos ni deberes, sino que es un conjunto de derechos y de deberes, pues no podemos perder de vista que la persona física tiene un sustrato empírico que es el ser humano individual.

Por consiguiente, si alguien quiere construir una teoría del delito en torno a la IA no puede compararla con la persona física, pues obviamente no existe un sustrato real como el de esta, pues se insiste un individuo humano es un sistema biopsicológico, no es un sustrato sociológico o mecánico conformado por algoritmos que carecen de toda propiedad bio-psicológica, ya que estas capacidades residen en cada individuo pero no así en los sistema de IA. Dicho de otra forma, la IA es un ente que no tiene existencia real, por consiguiente, no debe (porque de poder puede), dotarse de esos deberes que van dirigidos a la persona física.

Si bien, entendemos que los problemas que se pueden generar a través o mejor dicho con la utilización de la IA, sobre todo la denominada IA fuerte, en la que el propio sistema aprende por sí mismo sin necesidad de intervención humana y los conflictos que se pueden presentar a nivel de atribución de responsabilidad, no es óbice para querer hacer *malgré lui* una responsabilidad similar a la que se ha dotado a las personas jurídicas, pues los mismos argumentos se podrían esgrimir para este caso específico.

⁴⁵ GRACIA MARTÍN, Luis, «Consideraciones críticas sobre las erróneamente supuestas capacidades de infracción y sanción de la persona jurídica en derecho sancionador administrativo», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, N.º 55 (2020), pág. 40.

En efecto, si la norma se dirige al individuo porque sólo este es capaz de motivación a través del ordenamiento jurídico, resulta claro que el sistema de IA carece de dicha capacidad de motivación, es más estos sistemas no puede distinguir lo jurídico penalmente reprochable, si bien se puede argumentar que se le puede programar para realizar o mejor dicho no realizar determinadas operaciones (delitos) ello en modo alguno significa que se esté actuando con libre albedrío, sino más bien no existen dichas acciones en la gama de responsabilidades para las que fue programado. Por tanto, no se puede afirmar que el ordenamiento punitivo se dirige también a los sistemas de IA, y no se puede dirigir sencillamente porque estos sistemas carecen de conciencia y voluntad, al menos en el sentido que se requiere para ser sujeto de imputación.

Señalar lo contrario, tendría como lógica consecuencia la ruptura del sistema penal con los sujetos a los que se supone va dirigido, pues resulta evidente que a la IA no se le puede motivar conforme a las normas, ni tampoco tiene ninguna expectativa, ya que los algoritmos por muy inteligentes que sean, no tienen capacidad alguna de motivación normativa, máxime que no podemos perder de vista que la IA se desarrolla a través de algoritmos y estos no son otra cosa que operaciones sistemáticas que permiten hacer un cálculo y tener soluciones a un determinado tipo de problemas, no obstante que en algunos de los casos el propio programa decida una u otra opción, pues resulta evidente que dichas decisiones se basan en términos utilitaristas.

IV. *¿MACHINA DELINQUERE NON POTEST?*

Es en el Derecho penal, donde se ve más intensamente que en otros sectores del ordenamiento jurídico, que la norma se aplica a personas físicas, pues no podemos obviar que todo su sustento teórico-filosófico se construyó precisamente en la persona física, pues con independencia de los discursos actuales (que no modernos) se trate de dotar de un sustrato teórico a realidades diversamente alejadas del modelo penal, ya que no podemos perder de vista que únicamente los «hombres» pueden realmente cometer delitos, por lo que sólo a ellos puede dirigirse el reproche penal, de hecho todas las teorías de la pena sin excepción se fundamentan en razón de la persona⁴⁶.

⁴⁶ En sentido similar CAPPELLINI, Alberto «Machina delinquere non potest? brevi appunti su intelligenza artificiale e responsabilità penale», *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2018, pág. 500.

Si bien, un programa o una maquina puede materialmente lesionar o poner en peligro un bien jurídico, no podemos decir que ésta cometa un delito, es decir no podemos imputar un delito, *so pena* de caer en grandes contradicciones; no obstante, lo que si puede entrar en el ámbito del Derecho penal, es la utilización de la maquina o programa como un mero instrumento en manos del sujeto activo, ya sea un programador, o un operario que lo usa directamente de acuerdo a sus propios fines.

Todo lo anterior, no crearía mayor discusión y salvo algún delirio de quijote no daría mayor discusión a la responsabilidad de la persona que utiliza o programa la máquina para un fin determinado, sin embargo, en los últimos años ha tenido mayor presencia la denominada IA fuerte, lo que en gran medida presenta diversas complejidades en el ámbito jurídico-penal, pues los estándares de imputación en gran medida se difuminan al no quedar claro quién o bajo qué criterios la máquina o el programa actuó de una determinada manera, pues no se puede establecer una correspondencia entre el actuar del sujeto y los resultados que produce la máquina o el programa.

Por ejemplo, ¿se podrá imputar un delito de blanqueo de capitales al informático que únicamente enciende el ordenador y echa a andar el programa que automáticamente realiza operaciones de blanqueo?, o ¿se puede atribuir responsabilidad al informático que realizó ese programa?, o por el contrario se debe atribuir a la empresa que comercializó o creó ese software con fines distintos para los que se está utilizando. De estos sencillos ejemplos, ya no queda tan claro a quién se le debe dirigir el reproche penal, pues precisamente estos complejos sistemas y operaciones algorítmicas no son sistemas cerrados que obedecen a un patrón previamente determinado, sino más bien este tipo de IA, se caracteriza por aprender de sus propias experiencias y así modificar su comportamiento, es decir a estos sistemas se le ha dotado en principio con una capacidad de adaptación y aprendizaje autónomo⁴⁷, pues se pueden dar los casos que varios ordenadores se encuentren conectados entre si y sean capaces de intercambiar información, con una multitud infinita de variables, lo que hace que se aumente exponencialmente la velocidad de aprendizaje, lo que a la larga provoca la pérdida de control humano sobre el propio sistema o robot⁴⁸.

⁴⁷ BECK, Susanne, «Intelligent Agents and Criminal Law—Negligence, Diffusion of Liability and Electronic Personhood», *Robotics and Autonomous Systems* 86, (diciembre de 2016), pág. 140.

⁴⁸ CAPPELLINI, Alberto «Machina delinquere..., *op.cit.*, 2018, pág. 504.

El problema que se genera ante este nuevo escenario es el alto grado de imprevisibilidad del comportamiento del propio sistema informático o el robot, pues como resulta lógico se escapa del control humano, es decir ya no se puede planificar o predecir en cierta forma las acciones que desarrolle; por lo que surge la interrogante si efectivamente, la conducta del programa o el robot se puede entender como un ilícito en sentido penal, pues en principio se podría entender que si estos tienen capacidad de adaptación y aprendizaje y actúan libremente, incluso a pesar de que se encuentren «supervisados» por los humanos, no se pueden controlar, pues las variables son infinitas y por tanto imprevisibles; por tanto resulta cuestionable al menos desde un Derecho penal de la imputación tratar de establecer responsabilidad penal al programador, a la comercializadora e incluso a la persona que lo utiliza, por los daños o puestas en peligro que se puedan presentar por su utilización.

Pues bien, el planteamiento que resta hacer es qué mecanismos debemos utilizar a efectos de protección de los bienes jurídicos que se puedan ver dañados o puestos en peligro a consecuencia de los programas o robots, ya que no se puede establecer sin más un Derecho penal de la IA, pues nos enfrentaríamos a los mismos dislates que se han generado en torno a la responsabilidad penal de la persona jurídica, e incluso si cabe se agrava todavía más en tanto que en la persona jurídica siempre actúan detrás personas de carne y hueso con unos fines específicos, mientras que en la IA, actúa de manera autónoma en razón de lo aprendido, por lo que no se puede decir *prima facie* que es el humano el que está detrás del comportamiento, e incluso como se ha manifestado ni siquiera bajo su supervisión, pues ante esa infinidad de posibilidades resulta dudoso que la persona que está supervisando, sepa cuál será la decisión que tomará la maquina o cuales serían las posibilidades de optar por una u otra acción si al fin de cuentas puede llegar a tener una infinidad de posibilidades para actuar de una manera concreta.

Como se ha venido manifestando a lo largo de este artículo no podemos establecer un Derecho penal paralelo o análogo que cambie los principios y fundamentos del propio sistema, pues de ser así ya no estaríamos ante un Derecho penal moderno, sino algo totalmente distinto o análogo, pero no así ante el mismo Derecho penal, por lo que se entiende que efectivamente que «*machina delinquere non potest*».

En efecto, y atendiendo a los elementos todavía validos para el Derecho penal, el primero de ellos, es la acción, la cual podemos entender como todo comportamiento dependiente de la voluntad humana, es decir que únicamente un acto voluntario puede ser penalmente relevan-

te, pues no se puede perder de vista que la voluntad tiene consigo una finalidad⁴⁹.

Del concepto anterior se puede extraer que el elemento mínimo imprescindible para poder atribuir responsabilidad es la voluntad, cuestión que nos lleva como es obvio a plantearnos si en los sistemas de IA existe por parte del programa o la máquina, ese elemento. En efecto, si entendemos que la voluntad es esencial en la conducta, y a su vez su contenido radica en el propio significado de la norma, resulta obvio que la dirección de la propia voluntad está dirigida por un ser consciente.

En efecto, un sistema jurídico que atribuyese responsabilidad a un ente inconsciente, conculcaría el principio más básico del Derecho penal que no es otra cosa que el principio de acto «*nullum crimen sine actione*», pues como resulta lógico un ser inconsciente no tiene voluntad y si no hay voluntad no existe la acción. Si bien, se podría tratar de argumentar que los programas informáticos o robots portadores de la IA, tienen conciencia, por lo que cabría una mínima posibilidad de entender que los procesos algorítmicos son acciones en sentido del Derecho penal. Sin embargo, hasta el día de hoy existe un consenso en los investigadores de matemáticas aplicadas, que la IA no tiene conciencia, sino que es simplemente una imitación a partir de las relaciones algorítmicas que se generalizan a través de patrones que se detectan en los datos con los cuales se han entrenado, pues muchos de los programas son construidos para dar la impresión de que tienen una conversación útil o interesante, pero no es que haya algo más detrás de eso, es decir no son conscientes⁵⁰.

Así como tampoco lo son (al menos en el ámbito jurídico) los animales, ni los sucesos de la naturaleza, por más que puedan producir resultados lesivos, mientras que las acciones de las personas jurídicas sólo pueden ser delitos en la medida en que sean atribuibles a personas físicas individualmente consideradas⁵¹.

Si dicho argumento, no fuese bastante nos enfrentamos de igual manera a la figura de la culpabilidad, en la que se exige obviamente que el sujeto tenga capacidad (de culpabilidad), es decir sea imputable, además de existir una consciencia de la antijuridicidad de la conducta realizada y la exigibilidad de otra conducta.

⁴⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*, 5.ª ed., con la colaboración de GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, (Tirant lo Blanch, 2022), pág. 29.

⁵⁰ GUZMÁN AGUILAR, Fernando y NUÑEZ, Myriam «¿Puede una inteligencia artificial tener conciencia y sentimientos?», *UNAM Global* (blog), 18 de agosto de 2022, https://unamglobal.unam.mx/global_revista/puede-una-inteligencia-artificial-tener-conciencia-y-sentimientos/.

⁵¹ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general...*, op.cit., 2022, pág. 28.

Pues bien, y como se ha manifestado la IA artificial no tiene consciencia, no tiene mente, y dado que este elemento es indispensable en el Derecho penal para poder atribuir responsabilidad, por ejemplo, en el dolo se habla de conocimiento y de la voluntad de la persona concreta y no de un ente abstracto, asimismo, cuando se habla de imputabilidad se está haciendo referencia única y exclusivamente a cuestiones psíquicas, referidas a realidades mentales, como puede ser la comprensión o la capacidad para determinar un acto en concreto, es decir la motivación.

De ahí que no se deba, al menos de una manera congruente, tratar de atribuir responsabilidad a la IA, porque no obstante que realice operaciones complejas tomando aparentemente «decisiones» concretas, no puede ser sujeto de atribución penal, y no puede porque sencillamente se requieren ciertos atributos mentales, de los que la IA carece, y como resulta obvio el Derecho penal no puede intervenir en una parcela donde no se cumplen los elementos mínimos requeridos para poder atribuir responsabilidad.

Sin embargo y pese a los argumentos señalados con antelación, existe cierto sector que trata argumentar que la IA, puede ser sujeto (tanto pasivo, como activo) del Derecho penal⁵². En lo referente a la IA como sujeto pasivo sostienen que se entiende que lo primero que se debe reconocer es la personalidad jurídica de la IA⁵³, pues se afirma que ésta puede ser objeto de un conjunto de derechos y deberes jurídicos, porque la IA es una ficción que implica que la entidad poseyera inteligencia y voluntad, atributos que forman parte de la IA⁵⁴.

Por otro lado, también se pone de relieve que no existe impedimento para no considerar a la IA sujeto pasivo del delito, al igual que en su momento se tuteló la flora y la fauna en los delitos contra el medio ambiente, pues no existen razones válidas para obstaculizar el reconocimiento como sujetos pasivos, dotados de derechos y obligaciones, siempre que se justifique la persecución penal de finalidades humanas⁵⁵.

En primer lugar cabe decir que la formulación de que la IA posee conciencia y voluntad, carece de toda congruencia, pues se insiste no se puede ir contra la propia naturaleza de las cosas, pues si se preten-

⁵² GIRALDI, Angelo, «Deshumanizando la culpabilidad...», *op. cit.*, 2023, págs. 131 y ss.

⁵³ SOLUM, Lawrence «Legal Personhood for Artificial Intelligences», *North Carolina Law Review* 70, n.º 4 (1 de abril de 1992), pág. 1239.

⁵⁴ SOLUM, Lawrence «Legal Personhood for...», *op. cit.* 1992, pág. 1240.

⁵⁵ GIRALDI, Angelo, «Deshumanizando la culpabilidad...», *op. cit.*, 2023, pág. 135.

de pervertir las instituciones y el lenguaje podemos llegar a absurdos inimaginables.

De ahí que entender que la propia IA puede ser sujeto pasivo del delito, resulta cuando menos absurdo, pongamos por ejemplo que una persona destruye totalmente el programa informático de IA o para ser más gráficos destruye al robot poseedor de la IA, ¿se le va a atribuir un delito de homicidio? o ¿un delito de daños?

Ahora bien, la argumentación de que en su momento se ha protegido a la flora y fauna, es decir el surgimiento del Derecho penal del medio ambiente, no resulta un argumento válido para decir que por ello la IA puede ser sujeto pasivo, pues son cosas totalmente diferentes; para empezar, el bien jurídico que se protege en los delitos medioambientales, es el interés en el mantenimiento del equilibrio de los ecosistemas correspondientes a los diversos recursos naturales, de lo que se advierte que el interés protegido es el equilibrio del ecosistema, que sin lugar a dudas redundaría en la comunidad de los seres vivos cuyos procesos vitales se relacionan entre sí y se desarrollan en función de los factores físicos de un mismo ambiente⁵⁶, mientras que en el ámbito de la IA es propiedad de una persona determinada, la que sustenta el dominio sobre la cosa, por tanto si el programa o el robot, sufren daños ya sea físicos o en el propio sistema, a lo mucho se podría tomar como el objeto material de un delito, que pertenece a una determinada persona, pues es más me atrevería a decir que los programas y robots que están dotados de IA, ni siquiera alcanzan el status de persona jurídica, sino más bien su lugar está en el Derecho de cosas.

Si los sistemas de IA, no pueden ser sujetos pasivos, tampoco pueden ser sujetos activos del delito, no obstante que se preconice que la denegación de dicha responsabilidad penal supondría la elusión de exigencias de política criminal que hoy está lanzando signos de alarma, pues no obstante que las renovadas exigencias sociales necesitan ser evaluadas por el Derecho, y dado que la tecnología avanza a pasos agigantados se puede llegar a la aparición de sistemas que no obstante que han sido diseñados para alcanzar unos fines específicos, se pueden escapar del control humano y pueden llegar a causar graves daños y no regularlo traería consigo la elusión de la responsabilidad «moral» de los individuos, lo que lleva consigo la debilitación de la tutela de bienes jurídicos⁵⁷.

⁵⁶ GORRIZ ROYO, Elena *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), pág. 46.

⁵⁷ GIRALDI, Angelo, «Deshumanizando la culpabilidad...», *op. cit.*, 2023, pág. 141.

Para ello GIRALDI propone una modificación (¡otra más!) del sistema penal, así en principio el Derecho penal deberá aceptar que las máquinas disponen de una capacidad para entender y querer y por tanto puede comprender el alcance de la antijuridicidad de su conducta y por si esto fuese poco también se deberá entender que la IA realiza comportamientos dolosos o imprudentes. En este tenor, se debe deshumanizar la culpabilidad y adaptarse a las renovadas necesidades sociales y como es lógico las penas que se deben aplicar a la IA deben de salir de catálogo tradicional del Derecho penal⁵⁸.

Al respecto cabe decir que ante tan innovadoras ideas, no podemos tomarlas en serio, ya que la propuesta realizada va más allá que un cambio sustancial en el Derecho penal, pues tratar de cambiar el presupuesto y contenido de la culpabilidad, que dicho sea de paso es una de las grandes conquistas del moderno Derecho penal, es hacer un fraude de etiquetas, en el que se va aplicar algo totalmente distinto al sistema jurídico-penal, sólo que con ese nombre y bajo la apariencia de las mismas instituciones de la teoría del delito.

En efecto, aceptar este tipo de propuestas por muy novedosas e innovadoras que parezcan sería tanto como aceptar la destrucción del sistema penal así como los principios y garantías mínimas que ofrece el sistema punitivo, pues no podemos perder de vista que el Derecho penal fue creado y pensado para los entes de carne y hueso, pues el conflicto penal surge y se resuelve en la sociedad, que dicho sea de paso se encuentra conformada por personas (físicas).

Por tanto, tomar en cuenta proposiciones de este tipo y disfrazarlas de modernización del sistema, es una desfiguración de los conceptos que hasta el día de hoy han imperado, es decir la persona es el centro de imputación, lo contrario traería como consecuencia falacias funcionalistas y el quebrantamiento de las reglas de la lógica material, de ahí que se deban rechazar todo tipo de propuestas de esta naturaleza, pues de lo contrario se caería en absurdos que en su momento brillantemente denunció GRACIA MARTÍN, poniendo como ejemplo a un concursante en una competición de esgrima que, habiendo perdido su florete, se presentara al concurso con un pez espada diciendo que es análogo, paralelo o funcionalmente equivalente a un florete real apto para la práctica de la esgrima⁵⁹, ya que por mucho que se empeñen tratar de cambiar de nomenclatura y decir que eso es Derecho penal no modifica en sentido alguno la realidad

⁵⁸ GIRALDI, Angelo, «Deshumanizando la culpabilidad...», *op. cit.*, 2023, págs. 144 y ss.

⁵⁹ GRACIA MARTÍN, Luis, «Consideraciones críticas...», *op. cit.*, 2020, pág. 19.

de que la IA no tiene voluntad ni conciencia, ni los daños que de ella se deriven lo convierten en responsabilidad penal a un tipo de responsabilidad que no es nada más que responsabilidad civil.

V. HACIA UN NUEVO DERECHO DE LA RESPONSABILIDAD, MÁS ALLÁ DEL DERECHO PENAL

Resulta innegable que precisamente en el área de la IA se pueden presentar daños que probablemente resulta difícil determinar qué o a quién se le deben de atribuir. Si entendemos como ha quedado demostrado con antelación que el Derecho penal no es la vía idónea para determinar la responsabilidad para la tutela de los bienes jurídicos en juego, entonces forzosamente debemos dar una respuesta fuera del Derecho penal.

En efecto, en el ámbito del Derecho civil resulta bastante claro lo establecido por el artículo 1902 del CC, que hace referencia a que la persona que cause un daño por acción u omisión mediante culpa o negligencia está obligado a reparar dicho daño causado a otra persona.

Pues bien, en los casos de la IA, se pueden presentar situaciones en las que el programa o el robot pueden dañar a un tercero, lo que se debe de observar para poder establecer una responsabilidad civil por daños es en primer lugar que lo esté utilizando una persona, solo se podrá atribuir responsabilidad a la persona si se demuestra que los daños causados se deben al propio usuario, e incluso si la IA se encuentra al servicio de una persona jurídica, esta si podrá responder vía civil por los daños causados.

En este sentido, queda claro que en el ámbito de la responsabilidad civil por daños se le atribuye a quien con su actuar ocasiona un perjuicio a otro, con independencia del tipo de daños que se causen, pues ese momento surge una relación jurídica, en la que la persona que ocasiono el daño está obligada a repararlo, pues según se desprende del artículo 1902 y subsiguientes del CC, la persona que resiente los daños esta jurídicamente facultado para exigir su reparación⁶⁰.

Así en el ámbito de la responsabilidad civil por daños, en muchos de los casos se puede presentar de una relación extracontractual, en los que existen dos escenarios diversos, por una parte la responsabilidad civil por culpa o subjetiva, en el que se le atribuye a la persona por su actuar descuidado o negligente, por lo que el autor se encuentra obligado a reparar

⁶⁰ REGLERO CAMPOS, Luis Fernando «Conceptos generales y elementos de delimitación», en REGLERO CAMPOS, Luis Fernando y BUSTO LAGO, José Manuel (eds.) *Tratado de responsabilidad civil*, 5.^a ed., vol. 1 (Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2014), pág.163.

el daño porque tuvo culpa, ya sea porque los causó intencionadamente, o bien porque tuvo un actuar negligente, en cualquier caso puede entenderse que fue culpable del daño ocasionado⁶¹. En este supuesto resulta claro que corresponde acreditar dicha conducta negligente al sujeto que sufrió los daños, pues se pueden dar situaciones en las que a pesar de observar la diligencia debida se causan daños en cuyo caso ni siquiera se responderá vía civil, pues se entiende que los hechos se deben a un infortunio e incluso yendo más allá se puede decir que las conductas de la IA se amparan en el ámbito del riesgo permitido.

Diverso sistema es el de la responsabilidad objetiva, la cual se suele definir como aquella que nace sin que medie culpa de aquél a quien se imputa el daño⁶², pues bien, esta definición se debe tomar con ciertas precauciones pues no se debe entender como un criterio absoluto, sino que se deben tomar distintos tipos de responsabilidad que obedecen a la ausencia existencia de culpa o negligencia.

Sin embargo, cada supuesto presenta elementos diversos que no permiten agruparlos a todos sin más bajo el denominador de responsabilidad objetiva, pues el único punto de unión es precisamente que los daños causados no obedecen a la culpa o negligencia, por tal motivo la doctrina civil ha establecido diversos criterios para poder establecer cuándo o bajo qué supuestos estamos ante una responsabilidad objetiva.

En primer lugar, los supuestos en los que la responsabilidad se fundamenta sobre una prohibición inflexible que reprime un resultado dañoso; otro supuesto se genera cuando el factor causal en la responsabilidad objetiva se encuentra simplificada por tratarse de un elemento meramente fáctico que no toma en cuenta más que los actos positivos, pero no a las omisiones del responsable y finalmente la responsabilidad objetiva se puede entender en base a la reducción del número y del alcance de los medios de defensa.

Dicho lo anterior y trasladando el sistema de responsabilidad ampliamente elaborado y desarrollado por el Derecho civil, a los problemas que se pueden plantear en el ámbito de la IA, sobre todo como se deberá responder ante los daños que causen los sistemas informáticos o los robots.

Pues bien, como se ha hecho referencia a lo largo del presente trabajo, no se puede imputar los posibles daños directamente a los sistemas in-

⁶¹ NAVARRO MENDIZÁBAL, Iñigo Alfonso y VEIGA COPO, Abel B, *Derecho de daños*, (Madrid: Civitas, 2013), pág. 60.

⁶² REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, «Los sistemas de responsabilidad civil», en REGLERO CAMPOS, Luis Fernando y BUSTO LAGO, José Manuel (eds.), *Tratado de responsabilidad civil*, ed., 5.ª ed., vol. 1 (Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2014), pág. 297.

formáticos ni a los robots, sino que este será a través de las personas que los utilizan, y en los casos en los que no se pueda determinar causalmente la relación entre el usuario de la IA y el daño causado deberemos acudir a la responsabilidad civil por daños *nihil novum sub sole*, ya que la utilización del Derecho penal, como se ha puesto de relieve está orientado al individuo y no es el instrumento idóneo para atribuir responsabilidad o aplicar las consecuencias que se derivan de los daños causados por la IA.

Además, y para mayor *inri*, no se puede perder de vista que en el campo de la IA sin lugar a duda constituye un ámbito en el que socialmente se aceptan los posibles daños que se generan con esas nuevas tecnologías, casos que ya se han estudiado a profundidad en el ámbito del Derecho penal, con ello me estoy refiriendo a la institución del «riesgo permitido», ampliamente desarrollado por la doctrina⁶³.

VI. CONCLUSIONES

Los sistemas de IA han venido a cambiar la forma de vida de la sociedad, no en vano los grandes avances tecnológicos de los últimos años sobre dicha materia, tan es así que se le ha llegado a llamar la revolución copernicana, sin embargo, el lado oscuro que presenta la IA, está generando que se replantee de nuevo si el Derecho penal debe intervenir en los daños o puestas en peligro a bienes jurídicos generados por la utilización de la IA.

Existe cierto consenso en pugnar por la intervención del Derecho penal en estos supuestos, sin embargo, se les olvida que un Derecho penal acorde con los principios para los que fue creado se desvirtuaría de su esencia, pues no podemos olvidar que el Derecho penal es un Derecho de imputación. Cuestión que resulta muy compleja en el ámbito de la IA, pues en algunos de los casos resulta casi imposible determinar a ciencia cierta quien es el responsable de los daños acaecidos.

Por otro lado, resulta un desacierto tratar de establecer sistemas *ad hoc* para poder imputar responsabilidad penal a la IA, pues como es lógico resulta imposible ya que la IA no realiza acciones, al menos en el sentido jurídico penal, al igual que tampoco puede ser sujeta de culpabilidad, ello es así porque en el primero de los casos la IA carece de voluntad y en el segundo no se le puede atribuir ninguna conciencia.

⁶³ Vid. ampliamente el sustancial trabajo monográfico de Paredes Castañón, José Manuel, *El riesgo permitido en derecho penal : (régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)* (Madrid: Ministerio de Justicia e Interior, Secretaría General Técnica, 1995), *passim*.

Finalmente, resulta más que necesario ver más allá del Derecho penal y buscar en otras áreas del Derecho una respuesta congruente ante los daños causados o provenientes de la IA, uno de estos sectores puede ser la responsabilidad por daños, ampliamente estudiada y desarrollada por el Derecho Civil. Pues más allá de una responsabilidad penal, que si atendemos al sentido común no se le podría aplicar al sujeto de carne y hueso (en los casos de la denominada IA fuerte), tampoco cumpliría su función preventiva pues las maquinas o programas están ajenos al sistema social, por tanto y a mi juicio es más conveniente que los daños que se lleguen a causar por la utilización de la IA se deben atender en el campo de la responsabilidad civil, pues la única función que tiene es la resarcitoria.