

DERECHO PENAL Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS: el uso de la inteligencia artificial⁸⁰

Matías Nicolás Bares Menna⁸¹

RESUMEN

Las nuevas tecnologías suponen una forma más sencilla de ejercer nuestros derechos de libertad de expresión o de libertad de información, entre otros. Pero, a su vez, también facilitan la labor de los delincuentes para llevar a cabo las conductas que ponen en peligro otros derechos, tales como la propia imagen, la intimidad, el honor y la protección de los datos personales. Dada la concienciación de este tipo de peligros, se demandan mecanismos que ofrezcan tutela a los derechos fundamentales.

El uso de programas de inteligencia artificial como herramienta de trabajo para los jueces a la hora de determinar la predicción delictiva, es decir, la probabilidad, la peligrosidad criminal es una materia compleja porque normalmente se asocia con la aplicación de medidas de seguridad como una consecuencia jurídico penal junto con las penas y otras menos relevantes, ya no en el proceso penal, sino en el período de ejecución de la pena.

Palabras claves: Sociedad de Información; nuevas tecnologías; inteligencia artificial; delitos comunes; delitos informáticos.

80 Enlace al video <https://youtu.be/6NXz1Wic3F8>

81 Abogado UNS. Agente Judicial del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, Ministerio Público de la Defensa. Mail: matibares@hotmail.com

LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN (TICs)

La dimensión del problema en el derecho, es que este debe estar dotado de flexibilidad (dentro de sus posibilidades) ya que en los tiempos que corren surgen cada vez más y más formas de vulnerarlo. Esto presenta un desafío a la comunidad toda y en especial a los profesionales del derecho que ven limitados recursos propios frente a hechos flexibles y códigos rígidos, como el actual código penal.

Este nuevo paradigma dominado por las innovaciones tecnológicas apoyadas en la informática y en las redes de comunicación mundial, así como su expansión en las últimas décadas, han derivado en uno nuevo sociológico nominado Sociedad de la Información y/o del Conocimiento.

En este sentido, el conocido Informe Bangemann⁸² habla de una «nueva revolución industrial, basada en la información, que se puede procesar, almacenar, recuperar y comunicar de

82 Disponible en <http://www.rewi.hu-berlin.de/datenschutz/report.html>, en consulta realizada el 23 de agosto del 2020 en Rojo Villada, Pedro Antonio (2003): *Europa y la Sociedad de la Información: análisis del impacto del "Informe Bangemann" sobre la política, la economía y la sociedad europea en la década de los noventa*. Revista Latina de Comunicación Social, 54. Disponible en <http://www.revistalatinacs.org/200353rojo.html>

forma ilimitada e independiente de tiempo y distancia».⁸³

La información a la que tenemos la puerta abierta es tan beneficiosa, como peligrosa, por ello es necesario que el derecho penal tome medidas en el asunto, y se procure la preparación de ciudadanos y también los profesionales del sector en cuanto a esta materia se refiere, desde abogados y jueces, hasta

83 Borallo, Enrique A., en "Incidencia de las nuevas tecnologías en el sistema penal. Aproximación al derecho penal en la sociedad de la Información", David Lyon "From postindustrialism to Information Society: A New Social Transformation?", *Sociology*, 20 (1986), disponible en <https://core.ac.uk/download/pdf/60634482.pdf>. Se pretende pues la superación de la "era industrial" y el intento de definición del llamado postindustrialismo. Sobre esta transformación, cf. David Lyon, "From postindustrialism to Information Society: A New Social Transformation?", *Sociology*, 20 (1986), p. 577-588; el mismo, *The Information Society: Issues and Illusions*, 1988, Cambridge: Basil Blackwell; el mismo, "The Information Society Concept in Public Policy", en Frank Gregory/Raymond Plant (eds), *Information Technology: The Public Issues*, 1989, Manchester: Manchester University Press; el mismo "Cyberspace Sociality: Controversies over Computer-mediated Communication", en Brian Loader (ed.), *The Governance of Cyberspace*, 1997, Londres-Nueva York: Routledge. Pero, como pone de relieve el propio Lyon, Postmodernidad (trad. Belén Urrutia, de la segunda edición inglesa, *Postmodernity*, publicada en 1999), 2000, Madrid: Alianza, p. 17, «en cuanto intentamos hablar de la postmodernidad tropezamos con la modernidad», esto es, de alguna manera -igual que los teóricos de la Sociedad del Riesgo (en especial Ulrich Beck), la conciben como una segunda modernidad-, algunos de los trazos de la Sociedad de la Información estarían ya dibujados en la modernidad. En el terreno jurídico, esto probablemente se corresponde con una lectura de las nuevas regulaciones como producto del evolucionismo jurídico. Sobre ello, cf., por todos, el trabajo de Porras Nadales, en este volumen.

periodistas con un límite en los derechos humanos fundamentales.

Internet ha posibilitado que los ciudadanos de a pie tengan un acceso “prácticamente inmediato” a la información, incluyendo en este concepto tan general, a la información jurídica. Pero también ha posibilitado a los delincuentes una nueva forma de llevar a cabo actuaciones que atentan contra los derechos de los ciudadanos, poniendo en peligro numerosos bienes jurídicos.

Hacia 2011, se calculaba que más de un millón de personas de todo el mundo son víctimas diarias de la ciberdelincuencia; cada 14 segundos un adulto es víctima de un ciberdelito; y el montante anual de las pérdidas sufridas por actos de ciberdelincuencia ascienden a más de 388.000 millones de dólares (USD), lo que hace que el cibercrimen sea más rentable que el comercio global conjunto de marihuana, cocaína y heroína.⁸⁴ Esto conlleva a la toma de medidas que escapan al conocimiento del derecho en pos de la seguridad y por tal motivo tantas veces rechazadas por sus detractores. Deviene necesario el cambio entonces en

84 Datos extraídos del estudio The Symantec Internet Security Threat Report 2011 (the Norton Cybercrime Report).

http://www.symantec.com/about/news/release/article.jsp?prid=20110907_02.

la forma de pensar en tratar de ajustar el derecho a los hechos y no a la inversa.

Del análisis objetivo de estos datos se observa que la tecnología ocupa mundialmente y en materia local un lugar preponderante. El Estado ha quedado prácticamente al servicio de la tecnología con normas que son de ineficaz aplicación de códigos pensados para otra época.

LA UTILIZACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL DERECHO PENAL ACTUAL

Reviste singular análisis la utilización de inteligencia artificial como modelo en el derecho penal. Particularmente debe entenderse que si bien puede resultar de gran utilidad como herramienta a la hora de analizar la probabilidad delictiva, resta consultar si la aplicación y utilización de esta en el derecho actual no enfrentaría a la estructura normativa vigente afectando derechos personales fundamentales.

Dicha programación de esta herramienta es realizada por empresas que tienen como fin codificar en una máquina “madre” perfiles que luego serán utilizados en los tribunales para así evaluar conductas potencialmente punibles.

Esto de la mano de los déficits legales actuales y como se advierten los desafíos jurídicos que representa el empleo de las nuevas tecnologías en las legítimas labores de investigación penal, a la vez que se alumbra con sólidos argumentos para instar una urgente y necesaria actualización completa de la legislación procesal adecuarse a las necesidades de la era digital y permitir el uso de las técnicas modernas de investigación que la informática ofrece, de conformidad con los Derechos Fundamentales y de los Derechos Humanos.

Veamos una cuestión de interés, en este sentido, la constituye el fenómeno de la Inteligencia Artificial en ciertos medios de comunicación, por ejemplo, donde las noticias son elaboradas íntegramente por robots, como es el caso de Heliograf , o también como ejemplo un androide de The Washington Post que redacta noticias sobre política y eventos deportivos. Pues cabe preguntarnos cuál será el marco legal en relación con los delitos de injurias y calumnias que pudiera perpetrar el dispositivo inteligente en el ámbito de su autonomía. Sin duda se trata de un tema controvertido a la par que cautivador para cualquier jurista analizar sobre quién recae su responsabilidad.

Por otro lado, al observar la experiencia europea como ejemplo de la actuación de la Inteligencia Artificial en las fuerzas de seguridad de los Estados Europeos se podría analizar sobre la afectación a los derechos fundamentales que suponían ciertas prácticas. Partimos de la idea de que esta tecnología utilizada se nutre de información masiva sobre tipos de delitos, horas del día y zonas en que se cometen para generar los llamados *hotspots* o “mapas criminales” orientados a la prevención así como a la intervención efectiva y eficiente de los profesionales de la seguridad.⁸⁵ No obstante, existen

85 Borallo, Enrique A., en “Incidencia de las nuevas tecnologías en el sistema penal”, disponible en <https://core.ac.uk/download/pdf/60634482.pdf>, cfr., (...) “De este dato interesa tanto su dimensión individual, en el sentido de que el “ciudadano electrónico” puede aspirar a múltiples contactos sin ser identificado más que por su perfil informático o internauta, como la relativa al control social, en tanto que replantea las posibilidades y medios a través de los cuales la sociedad y las agencias correspondientes aspiran a ejercerlo. Junto a ello, cabe indicar que también en otros rasgos comunes del patrón de conducta tecnológica -a saber, su virtualidad y su ambigüedad o ambivalencia o la crisis de la teoría de la acción humana, considerada como comportamiento racionalmente conducible- se advierten aspectos que pueden alcanzar especial interés jurídico-penal. En efecto, en la medida en que lo distancian del arquetipo de conducta penalmente relevante, esto es, la conducta comisiva intencional y directamente dañina del bien jurídico protegido individual, parece que se facilita la expansión de modelos de imputación “extraordinaria”, que se basan fundamentalmente en la no evitabilidad y están más cerca de las directrices que rigen las reglas de la autoría mediata, la omisión, la actio libera in causa o de la estructura de los delitos de peligro contra bienes jurídicos colectivos, etcétera(...)Se produce asimismo una estrecha convergencia de las tecnologías informáticas con las telecomunicaciones, que se impulsan mutuamente

posicionamientos críticos respecto de algunos de estos dispositivos que, además de la información a la que me he referido, se nutren de datos personales de individuos ya fichados, con la finalidad de evitar que cometan delitos (por ejemplo, el X-Law en Italia). Ello suscita recelos por parte de los defensores de los Derechos Humanos quienes se postulan reacios al manejo de esta información que, sin duda, estigmatiza a determinados individuos con antecedentes penales. Esto a la luz de los estándares de derechos humanos, como se establecen en los principales tratados internacionales y las legislaciones nacionales, imponen obligaciones a los Estados con límites en el acceso a la información privada de las personas y su disposición. Además de esta postura crítica, es importante el cuestionamiento sobre qué tipos de delitos son los que se mapean y quién decide seleccionar aquellos y no otros: ¿Puede suponer esto un modo de estigmatizar o criminalizar según qué barrios o clases sociales? Además ¿no pueden consistir estas herramientas en dispositivos de los que se valga la delincuencia para localizar la presencia policial?

generando sistemas telemáticos integrados e híbridos. Todo ello en un contexto de renovación muy acelerado”

Por otro lado, hablé sobre los usos de la Inteligencia Artificial en los órganos jurisdiccionales haciendo referencia a los algoritmos y su gestión - desarrollo. ¿Cuál es el problema? Se demostró que favorecerían según el tipo de sujetos y perjudicaban a otros con características diferentes (ejemplo son los algoritmos COMPASS O HART, en el que se detectó preferencias de personas blancas frente a personas negras, o personas ricas frente a personas pobres o de barrios pobres, respectivamente)⁸⁶. Por este motivo se alude a la necesidad de que los algoritmos sean desde su diseño y programación, hasta su utilización, transparentes en la investigación, detección y prevención del delito.

Finalmente, quiero destacar que la Inteligencia Artificial está incidiendo notoriamente sobre el ejercicio de la abogacía. Se trata de una realidad que el modelo de prestación de servicios de los abogados ha cambiado: ahora el cliente constituye el eje vertebrador de todo el proceso y las nuevas tecnologías se erigen como un aliado indispensable y fundamental para la fidelización de los clientes y la diferenciación en el mercado:

86 Disponible en:

https://retina.elpais.com/retina/2020/03/03/innovacion/1583236735_793682.html.

el exponencial crecimiento de la industria *legaltech* así lo evidencia.

Junto con ello, proliferan en el mercado herramientas de análisis predictivo que facilitan la toma de decisiones y el desarrollo de determinadas estrategias en los procesos y que pronostican las eventuales decisiones de los tribunales. He de concluir al respecto de la profecía sobre la automatización de la profesión del abogado o abogada y su posterior desaparición.

Así las cosas sólo quedará consultarnos sobre la responsabilidad ya no en manos del operador, sino de la robótica.

Veamos que el cambio de paradigma ha desarrollado la *EJUSTICE*⁸⁷ el uso de la tecnología pero no acompañado de límites claros como también sin reglas. Esto conlleva a que se excedan lo propuesto por las posturas liberales de la época que vio nacer nuestro sistema normativo.

En conclusión no será la Inteligencia Artificial la que quite el trabajo a los abogados, sino que se lo quitarán aquellos abogados que se lleven mejor con la tecnología y con la Inteligencia Artificial. Claramente abogamos por un cambio de paradigma, ajustado a reglas claras en beneficio de todas las partes,

⁸⁷ Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 10 bis, junio 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 792-843.

incorporando normativa al efecto que sea útil a la regulación de este nuevo mundo, en vista de nuestros pares aprendiendo de nuestros errores y aciertos.

BIBLIOGRAFÍA:

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 10 bis, junio 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 792-843.

Blackwell, Basil, "The Information Society Concept in Public Policy", en Frank Gregory/Raymond Information Technology: The Public Issues, disponible en <https://venomorium.files.wordpress.com/2019/09/webster-2006-digital-society-chapter-2.pdf>.

Borllo, Enrique Anarte, en "Incidencia de las nuevas tecnologías en el sistema penal. Aproximación al derecho penal en la sociedad de la Información", David Lyon "From postindustrialism to Information Society: A New Social Transformation?", Sociology, 20 (1986), disponible en <https://core.ac.uk/download/pdf/60634482.pdf>.

Loader Brian, "Cyberspace Sociality: Controversies over Computer-mediated Communication", The Governance of Cyberspace, (1997), publicado en: Postmodernidad, 2000, Madrid, Ed. Alianza.