

RECENSION

Reflexiones a propósito de “LA ROBÓTICA ANTE EL DERECHO PENAL: EL VACÍO DE RESPUESTAS JURÍDICA(S) A LAS DESVIACIONES INCONTROLADAS”, de Gonzalo Quintero Olivares

Paz M. de la Cuesta Aguado¹
Catedrática de Derecho Penal.
Universidad de Cantabria

I. Escribir sobre temas jurídicos que están siendo profusamente tratados por la Doctrina suele ser una labor rentable: comentando –discutiendo, sistematizando- las aportaciones de otros autores, el discurso puede hacerse ameno, interesante y hasta, en cierta medida, innovador y, por lo general, asegura la lectura y, en su caso, cita del trabajo, pues hay constancia de que son muchos los investigadores interesados en el tema. Basta hojear los tratados y manuales (que incluyan bibliografía) para comprobar cómo hay cuestiones que han sido y siguen siendo objeto de fuerte discusión y de numerosas publicaciones, aunque no siempre este interés responda a una necesidad social de soluciones jurídicas y no siempre las publicaciones sean necesarias. Sin embargo, hay otros temas - que, en muchos casos requieren conocimientos ajenos al Derecho- respecto de los que la Doctrina apenas se pronuncia y que, sin embargo, tienen o tendrán una gran trascendencia en la vida de los ciudadanos, actual o futura. Este es el caso, sin duda, del debate acerca de la intervención penal en la Inteligencia Artificial y de la responsabilidad penal derivada de las lesiones o daños causados como consecuencia del uso o la actuación de entes artificiales inteligentes, los robots. Son muy escasas las reflexiones (públicas) sobre la Inteligencia Artificial², su control y la generación de responsabilidad -en general, pero, sobre todo, penal- como consecuencia de su interacción social. El Prof. Dr. Quintero Olivares aborda en el artículo que ahora se recensiona, por tanto, una cuestión tan necesaria como novedosa. Y lo hace con la solvencia de un gran maestro, aportando ideas originales y nuevas perspectivas.

El punto de partida de su reflexión, de una lógica aplastante, es el siguiente: el desarrollo de la Inteligencia Artificial es imparable; por tanto, regulémosla –en la medida de lo posible-. Y a ello se apresta en este sólido e interesante trabajo, buscando deslindar la responsabilidad de los distintos intervinientes en el uso de robots, a los que define como ingenios artificiales que han de cumplir tres características: capacidad para percibir la realidad; capacidad para procesar esa información y capacidad para alterar la realidad con una acción “decidida” por el robot. Pero no es objeto central del artículo la definición del objeto –robots, entes artificiales inteligentes, Inteligencia Artificial o como

¹ La autora ha sido IP del Proyecto de Investigación I+D DER2013-42712-P: “Inteligencia Artificial: pautas de conducta y modelos normativos (sobre un código de conducta para entes inteligentes no humanos)”.

² La utilización de la expresión “Inteligencia Artificial” con mayúsculas, en castellano, se debe a que tiene como función principal la identificación de una realidad.

quiera que se les denomine- sino “la necesidad de elaborar un *orden jurídico propio* que d[iera] respuesta jurídica a las “acciones” de robots y autómatas”.

II. El trabajo ahora comentado, analiza, paso a paso, los distintos medios de control y exigencia de responsabilidad jurídica de los robots y cómo han de funcionar e interactuar y, en la segunda mitad del artículo, se centra en el problema de la (eventual) responsabilidad penal de la máquina, que rechaza de plano, por tres razones a tener muy en cuenta: primero, porque ontológicamente, robots y humanos son distintos; segundo, porque un buen número de delitos solo son concebibles como acciones humanas y finalmente, -aunque no en este orden- porque el Derecho penal exige que los mandatos y prohibiciones, así como las consecuencias de su infracción, sean conocidas previamente por los hipotéticos futuros transgresores.

Esta última afirmación –esta posición de partida- es de una importancia trascendental, pues, de forma simplificada y sintética expone magistralmente las bases ideológicas y los límites de un Derecho penal racional que pretenda regir en una sociedad de personas³. Quintero Olivares, dando voz a lo que es una posición unánime en nuestro entorno jurídico, distingue, en el Derecho penal, la existencia de normas que tienden a dirigir el comportamiento de los ciudadano (mandatos y prohibiciones) y sanciones para los infractores. Y, efectivamente, un Derecho penal racional y que quiera ser eficaz (y justo) debe exigir que, tanto unos como otras, sean previamente conocidos por los eventualmente infractores –aunque acerca del conocimiento de la sanción habría aún mucho que matizar, sin duda-. Pues bien, siendo inapelable este punto de partida, de ello no se desprende, *a priori* al menos, que no pueda existir un Derecho penal de la robótica; o, al menos no puede colegirse que el Derecho penal no tenga función alguna que cumplir en el ámbito de la robótica, o si se prefiere, de la Inteligencia Artificial –y esta es una idea que creo que subyace a las palabras del autor-. Ahora bien, el campo en que nos movemos es tan extenso que son numerosas las posibilidades y matices –y, por supuesto, opiniones o puntos de vista- que se abren ante cualquier cuestión. En este sentido, permítaseme realizar algunas consideraciones sobre esta cuestión que ahora nos ocupa (la función de un hipotético Derecho penal centrado en la robótica):

1) Los términos robótica e Inteligencia Artificial suelen ser utilizados como sinónimos, como Quintero Olivares advierte en su texto. Sin embargo, quizá aún podríamos utilizarlos con una ligera diferencia de matiz. Así, “robótica” podría servir para identificar o referirse al hardware o mecanismo que incorpora un software inteligente, en tanto que Inteligencia Artificial pondría el acento en el software o código de instrucciones. La primera de las opciones (robótica) tiene la enorme ventaja de que identifica al “objeto-agente” como un todo y resolvería o, al menos, facilitaría el tratamiento jurídico del fenómeno. La expresión Inteligencia Artificial tendría a su favor,

³ O dicho de otro modo, de una sociedad donde a todos los seres humanos se les reconozca no solo la condición de sujeto (de Derecho) sino también el estatuto jurídico de persona, lo que como mínimo implica la igualdad en derechos y obligaciones de todos sus miembros, mucho más, por cierto, de lo que se puede decir de muchas sociedades actuales.

desde mi perspectiva, que, a los efectos que nos interesan, que explicita, primero, que la artificial también es “inteligencia” –lo que implica la capacidad para tomar decisiones autónomas, al menos hipotéticamente⁴- y, segundo, que esta Inteligencia Artificial –inserta en los robots- también se rige por códigos (de conducta).

Si esto fuera así, podríamos incluso imaginar a dos realidades (¿dos Inteligencias?) que, sin ser ontológicamente similares, funcionalmente quizá pudieren –salvando las distancias y cuando procediere- recibir un tratamiento si no equivalente, sí paralelo. De hecho, y por un lado, el software, como código de instrucciones, funciona como un auténtico código de conducta (con mandatos, prohibiciones y permisos). Aunque no puede negarse que existen importantes diferencias entre estos “códigos de conducta para robots” y los códigos de conducta que sirven de base al sistema jurídico penal (y que también contienen mandatos, prohibiciones y permisos).

2) La idea de un “Derecho penal robótico” como una rama del Derecho penal destinada a la aplicación de los principios penales actuales a robots es rechazada por Quintero Olivares, con razón. Pero me gustaría invitarles a plantearse si, siendo el software un código que contiene mandatos, prohibiciones y permisos de actuación, no sería interesante que el (centenario) conocimiento jurídico penal pudiera ser aprovechado para la configuración de dichas normas y sistema de normas. Creo que, además, el esfuerzo de racionalización conceptual que exigiría intentar traducir los conceptos jurídico-penales humanos –los que fueren necesarios- a “lenguaje máquina”, es decir, apto para regir la actividad de un robot, tendría un efecto de “puerta giratoria” muy importante sobre la Dogmática penal, ya que el esfuerzo de concreción conceptual, terminológica y de racionalización para adecuar la ambigüedad de nuestro lenguaje humano y de nuestros conceptos a las necesidades de precisión de un software –regido de forma mucho más exigente por las reglas de la Lógica- revertiría de nuevo en un progreso para el propio Derecho penal y, por ende, para nuestra sociedad⁵.

3) Pues bien, si las ideas anteriores no van muy descaminadas y si el software que rige el funcionamiento y actividad, incluso con trascendencia social, de un robot es un código de instrucciones con mandatos, prohibiciones y permisos, *funcionalmente* equivalente a nuestros (humanos) propios códigos de comportamiento⁶, en algunos

⁴ Por ejemplo, ha saltado a las noticias en estos días como ha sido desactivada un Inteligencia Artificial que había simplificado el lenguaje (inglés) para hacerlo más lógico y eficaz, pero de forma que empezaba a resultar ininteligible incluso para sus creadores. Y esta decisión fue adoptada sin que se le hubiera programado para ello e incluso sin que se hubiera incentivado esta tarea. Entre otros muchos sitios puede leerse, en castellano, en <http://www.elmundo.es/tecnologia/2017/07/28/5979e60646163f5f688b4664.html> [citado: 31.07.2017].

⁵ Creo que es especialmente interesante esta perspectiva. Puede verse más ampliamente en DE LA CUESTA AGUADO, P.M., “La ambigüedad no es programable: racionalización normativa y control interno en Inteligencia Artificial”, en *Revista de derecho y proceso penal* (44) 2016, p. 191.

⁶ Si bien, y sin duda, con un origen distinto: el propio software contiene el código de conducta de los robots; la cultura (la educación, la religión..., y también, en ocasiones, la ley) son las fuentes del código de conducta humano.

casos, al menos, la decisión sobre cuáles han de ser y cómo se han de formular esas reglas, no debería quedar exclusivamente en manos de expertos con formación no jurídica; entre otras razones porque el Derecho es el *mundo de las normas* y de normas estamos hablando.

De modo que si, como muy bien afirma el profesor Quintero Olivares, la exigencia de responsabilidad penal independiente a la propia máquina o es extremadamente limitada o es innecesaria, desde esta perspectiva, el Derecho penal aún podría jugar un interesante papel en la configuración de las normas de conducta del robot para cuando interactúe en la sociedad (humana, evidentemente). Pero esta afirmación nos sitúa en un nuevo paradigma: el de un Derecho penal de naturaleza normativa y no meramente coactiva.

III. Son, desde luego, muchas las cuestiones que nos plantea este artículo y muy sugerentes las respuestas que ofrece. Lo es especialmente el esfuerzo por distinguir ámbitos de responsabilidad en función de la *voluntad* que rige la toma de decisiones que generan lesiones o daños (robot utilizado como instrumento por un humano); circunstancias sobrevenidas, inesperadas o imprevisibles (caso fortuito) o máquinas autónomas que se desvían de su función -supuestos ilustrados con numerosos casos o ejemplos de la vida real, que permiten al lector comprender la actualidad de los problemas planteados y fundamentar la reflexión jurídica en la realidad-.

Pero, en mi opinión, de entre las cuestiones que aborda el artículo, el problema más difícil de resolver se plantea en relación con la que se suele denominar Inteligencia Artificial General –o Fuerte- (cuando exista) o en aquellos casos en los que el robot tiene capacidad para tomar sus propias decisiones, lo que significa que puede tomar decisiones de actuación no previsibles⁷. Quintero Olivares se enfrenta a esta cuestión desarrollando criterios para la exigencia de responsabilidad penal a quienes (personas físicas) intervienen en la construcción y puesta en funcionamiento del robot en función del conocimiento del riesgo y rechaza, de forma especialmente interesante la aplicación del principio de precaución. Y en relación con este tema, nos encontrarnos con cuestiones que afectan a las propias bases del Derecho penal democrático y que, pese a ser proclamadas de forma inmensamente mayoritaria por la Doctrina (también democrática) son puestas en tela de juicio más de una vez por una contumaz realidad legislativa y jurisprudencial y, en ocasiones, por algunos autores, incluso de consolidado prestigio. Me estoy refiriendo específicamente al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y a la estructura de los delitos de peligro. Ciertamente que si en la Dogmática penal hay arenas movedizas, se encuentran precisamente en estos pantanosos temas.

Pues bien, concretando –pues pareciera que me estoy alejando extraordinariamente del tema-: afirma Quintero Olivares que “la Administración puede,

⁷ Volviendo a la idea expuesta en el punto anterior, muy brevemente: si esto puede llegar a ser así –y lo será, previsiblemente, en no demasiado tiempo-, los controles internos mediante códigos de conducta jurídico-penalmente aceptables (esto es, que fijen límites y restrinjan comportamientos lesivos, cuando bienes jurídicos fundamentales, penalmente protegidos estén en juego) insertos en el software se convierte en un elemento esencial para la seguridad de las personas, sus bienes y el medio ambiente.

por supuesto, prohibir actividades en nombre del principio de precaución, pero sin que eso suponga la prueba de que esa conducta es peligrosa, pues no es esa la razón de su prohibición”. Y no puedo estar más de acuerdo con él. Ahora bien, creo que debemos ser conscientes de que *el principio de precaución al que cerramos la puerta, se nos puede estar “colando” por la ventana* en aquellos ámbitos tecnológicos muy novedosos –como es el que nos ocupa- si o cuando el Derecho penal sea accesorio del Derecho Administrativo en delitos de peligro con bienes jurídicos excesivamente abstractos – incluso tan abstracto que quizá un robot pudiera pensar que no son bienes jurídicos-. Es decir, y sin que ello signifique aceptar la eficacia directa del principio de precaución en el Derecho penal, si se admite o para quien admita -como es mi caso- que en nuestra Sociedad del Riesgo la intervención penal en ámbitos relacionados con tecnologías altamente peligrosas y novedosas⁸ se asienta sobre el reconocimiento de un ámbito de riesgo permitido⁹ que jurídico penalmente se delimita en el caso concreto por el respeto a las *medidas de cuidado* (¿medidas de precaución?) administrativamente impuestas, la afirmación de que se ha superado el riesgo permitido precisamente porque se han incumplido o no se han respetado dichas medidas ¿no se acerca peligrosamente a lo que significaría reconocer eficacia al principio de precaución?

En estos casos la responsabilidad penal pivota, en opinión del autor, sobre el “conocimiento de las consecuencias posibles”: si concurre (el conocimiento de las consecuencias posibles) nos moveremos en el ámbito del riesgo permitido; si no, en el del principio de precaución. Desde luego, tampoco podemos entrar a profundizar más en esta difícil cuestión dogmática. Sin embargo, creo prever que el desarrollo de la Inteligencia Artificial nos obligará a enfrentarnos, también en esta cuestión, a la validez de los principios penales que nos son más caros, pues me temo que nos estaremos moviendo, precisamente, en ámbitos en los que las consecuencias no serán conocidas – pues sospecho que para movernos en ámbitos de consecuencias conocidas no necesitamos inteligencia artificial, bastarán autómatas, bases de datos, etc.- ¿Debemos, entonces, renunciar a exigir responsabilidad penal cuando se generen lesiones o daños por una Inteligencia Artificial y las consecuencias posibles no pudieran ser conocidas por los diseñadores del software? Quizá sí; quizá no deban tensarse hasta esos extremos los principios y conceptos (garantistas) penales y el propio Derecho penal. Pero, en cualquier caso creo que la respuesta a esta pregunta no debe darse por supuesta ni es evidente sino que, por el contrario, es más que conveniente que los penalistas afrontemos los retos que la tecnología plantea y tratemos de diseñar modelos de intervención jurídico-penal suficientes y garantistas (¡desde luego!) y, a ser posible, antes de que sea demasiado tarde. Exactamente, por cierto, lo que está haciendo el Prof. Quintero Olivares en su excelente artículo.

⁸ Energía nuclear, industrias contaminantes, biotecnología, entre otras muchas –y, entre ellas, perdonen la redundancia, el desarrollo de Inteligencia Artificial-.

⁹ Quizá el caso más claro de explícito reconocimiento de lo que digo se encuentre en el ámbito del desarrollo de la energía nuclear, donde es aceptado sin ningún género de dudas la evidente y pertinaz existencia de un *riesgo restante*.