

tensión con derechos fundamentales, pero digo dos cosas ¿dónde quedan los derechos fundamentales? porque digo esto, porque tenemos que tener perfectamente claro que la relación que se establece entre el Estado con los ciudadanos no puede ser la misma relación que se establezca entre una determinada organización, una determinada estructura, pensemos en una empresa. Por lo tanto, no estamos hablando de lo mismo, y no hablando de lo mismo tenemos un problema.

Termina su intervención diciendo y ¿quién paga toda esta fiesta jurídica e institucional? Estamos ante una materia que puede tener elementos muy positivos, que en su construcción teórica podemos decir que podría tener su razón de ser, pero que cuando la bajamos a pie de obra, vemos muchas de las aristas que he planteado y otras que me quedan en el tintero.

La prueba prohibida obtenida a través de IA. Xulio Ferreiro Baamonde

Continuó la mesa con la intervención de Xulio Ferreiro Baamonde, Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad de A Coruña y decano de su Facultad de Derecho.



*Xulio Ferreiro Baamonde
PTU Dº Procesal (UDC)*

En su opinión, también en este caso estamos ante una problemática que ofrece casi más dudas que certezas; podemos preguntarnos ¿por qué?, pero también ¿cómo?, e incluso ¿el qué? El terreno es sumamente pantanoso desde el punto de vista de la seguridad jurídica, de la certeza e incluso de la comprensión de algunas de las cuestiones que se suceden al hilo de la IA.

Son cuatro los objetivos que se plantea:

Primero explicar un poquito de qué hablamos cuando hablamos de inteligencia artificial y diferenciar tres conceptos tan unidos entre sí como el Big Data, los algoritmos y la inteligencia artificial.

Trazar algunos ejemplos de cómo se está utilizando ya la inteligencia artificial en el proceso penal, no estamos hablando de ciencia ficción, estamos hablando de cosas que están pasando ya, que están utilizándose y que incluso en algunos casos tienen aplicación jurisprudencial.

La implicación de la inteligencia artificial y de su uso en el proceso penal para los derechos fundamentales, evidentemente como presupuesto para hablar de prueba prohibida, de que se puede o no se puede, tenemos que saber cómo afecta esto a nuestros derechos fundamentales.

Y por último ¿todo esto en el proceso como lo resolvemos? que es el kit de la cuestión, no el único, pero que nos va a importar mucho y sobre el que sinceramente a día de hoy tengo muy poca idea de cómo resolver e intentaré explicarlo.

Inteligencia artificial y proceso penal

La inteligencia artificial es una combinación de tecnologías que agrupa datos, algoritmos y capacidad informática, estamos hablando de máquinas, por tanto, software también hardware que, a través de un objetivo de adquisición, análisis e interpretación y estructuración de estos datos, por lo tanto, el *Big Data* vamos a ver que es muy importante aquí, analizan toda la información y ofrecen decisiones o se toman decisiones, que pueden ser de muchos tipos.

Podemos hablar de inteligencia artificial, desde el coche autónomo que está controlando todos los datos de la circulación para tomar decisiones sobre si frenar, acelerar, torcer a la derecha o a la izquierda, podemos hablar de la aplicación del *Spotify* en nuestros teléfonos que analiza nuestros gustos musicales y los gustos musicales de las personas que han escuchado las mismas canciones que nosotros y nos ofrece también decisiones en forma de sugerencias, de escucha etc., y cómo esto mil cosas que todos los días cada vez que abrimos el teléfono móvil está funcionando: el *Google*, todas las ofertas de compra, el Amazon, esto es una parte importantísima de la economía actual y evidentemente esto va a tener también implicaciones en el proceso.

Por tanto, dos conceptos relacionados importantes, el *Big Data* o los macrodatos: recopilación, análisis, y acumulación constante, de grandes cantidades de datos procedentes de diferentes fuentes y objeto de tratamiento automatizado mediante algoritmos informáticos etc. El *Big Data* es una nube de datos que tiene diversos orígenes y que, a través de los algoritmos, qué son esas ecuaciones matemáticas diseñadas por programadores, pero que cobran vida propia; van a ser estructurados y analizados, se van a derivar datos secundarios de estos datos primigenios sobre los que todavía podemos pensar que tenemos algún control, Spoiler no tenemos ningún control, es todo ficción. Estos algoritmos van a ser las fórmulas matemáticas encargadas de entrelazar los datos y proporcionar un resultado.

Una serie de cuestiones en cuanto al funcionamiento de los algoritmos que son importantes, primero los datos que se analizan habitualmente van a llevar a que la inteligencia artificial busque correlaciones, esto es importante porque nosotros tendemos a funcionar con un pensamiento científico de causalidad, es decir, pasa esto porque es consecuencia de esto otro; la máquina no analiza en términos de causalidad; la máquina funciona en términos de correlación y por lo tanto no va a detectar cuestiones que a nosotros nos pueden repugnar, por ejemplo si una persona de determinada raza tiene más posibilidad de cometer un delito que otro, esto desde un punto de la causalidad sabemos que no existe, no hay o creemos no hay un determinismo genético para cometer

delitos en función del origen étnico de las personas, pero la máquina seguramente analizara datos y llegara a la conclusión de que hay determinados grupos étnicos que sostiene un tanto por ciento de población carcelaria mayor que otros grupos étnicos, y de ahí la máquina va a deducir que esos grupos étnicos, tienen más posibilidad de cometer delitos, y esto no es baladí desde el punto de vista de los derechos fundamentales, no discriminación, dignidad humana etc.

En segundo lugar tendemos a pensar que si los algoritmos y la fórmula está bien diseñada, si tenemos un programador decente que no meta prejuicios en la máquina, va a funcionar bien, mentira, porque la máquina de inteligencia artificial cobra vida propia, aprende, evoluciona, crea datos nuevos, y más importante todavía, en muchos casos, con las redes neuronales, con las nuevas fórmulas de funcionamiento de la inteligencia artificial, ni el programador, ni el creador o la creadora, ni la propia inteligencia artificial en sí, es capaz de explicar porque toman las decisiones; lo cual es importante desde el punto de vista del control. Nosotros podemos hacer la ficción de que entendemos por qué un juez o una jueza toman decisiones y nos lo explican en su motivación que podrá ser la real, podrá ser formulario etc., pero hay un método de control, que, en muchos casos, con las nuevas fórmulas inteligencia artificial directamente no existe. Dejar esto sentado está bien, porque nos va a permitir tener una discusión sobre la realidad y no sobre lo que pensamos que es la realidad,

Aplicabilidad en el proceso de la Inteligencia artificial

¿Cómo podemos aplicar en el proceso la inteligencia artificial? no hablo de ciencia ficción, es decir no voy a hablar del ideal de la inteligencia artificial, de que el ser humano, el usuario le explica a una máquina su problema, esa máquina la traduce, se la explica otra máquina juez, y esa máquina juez logra una decisión, eso no sé si pasará algún día o no, creo que no vale mucho la pena, por lo menos para mí teorizar sobre eso, porque creo que hay problemas más acuciantes que sí están pasando .

Ya existen técnicas de predicción judicial, aplicaciones de inteligencia artificial que facilitan a los abogados y las abogadas herramientas sobre cuántas posibilidades de éxito tiene su caso. Es por ejemplo, *RossIntelligence*, que es una inteligencia artificial creada por IBM que se aplica en muchos despachos de abogados y abogados de Estados Unidos y que parece ser que ofrece resultados entre el 70 a 80% de fiabilidad ; hay experimentos de inteligencia artificial sobre jurisprudencia del Tribunal Europeo Derechos Humanos, que han llegado a acertar los resultados de las sentencias del Tribunal de Derechos Humanos en un 70% de los casos ,por lo tanto ya está ahí, ya está siendo utilizado .

Las tomas de decisiones judiciales a través de algoritmos, es decir ya hay utilización de esto, por ejemplo el COMPAS que es una máquina inteligencia artificial utilizada en los Estados Unidos, que a partir de datos y de un cuestionario realizado a las personas condenadas, establece una predicción

sobre su posibilidad de reincidencia y ofrece al juez una sanción concreta .Esto está siendo aplicado hoy en día y no sabemos cómo, porque básicamente COMPAS, es una inteligencia artificial privada, que la empresa propietaria nunca ha desvelado el código, no ha desvelado el algoritmo, lo que sí sabemos es qué tipo de preguntas se hacen al reo en estos casos, como por ejemplo cuál es su opinión sobre el sesgo social que tiene el sistema penal, si cree que los pobres van más veces a la cárcel que los ricos y yo no sé cómo la respuesta influye o no a la hora que la máquina tome su decisión, no lo sé yo y no lo sabe el juez .

En Buenos Aires se está utilizando un sistema PROMETEA para asuntos sencillos, donde hay tal vez cierta automaticidad en la toma de decisiones y este es un sistema como el que está trabajando el Gobierno español también para implantarlo o para importarlo, porque está siendo exitoso en Buenos Aires.

Puede ser utilizada también la inteligencia artificial para la tramitación procesal, en el monitorio por ejemplo o en aquellos procesos donde no hay una contestación o donde falta de contestación la decisión es automática, en este caso se trataría de sustituir no al Juez, a lo mejor al Letrado de la Administración de Justicia, que parece dicen algunos que es más sustituible que pues no estoy seguro de ello.

Otras posibilidades, en las reconstrucciones virtuales de hechos se puede y se están utilizando herramientas de inteligencia artificial donde se le meten los datos y después esto acaba en un modelado 3D sobre cómo ha tenido lugar el hecho punible y después el Juez o Jurado decidirá si corresponde o no corresponde con la lo que pasó realmente, pero desde luego la proyección de esa imagen va a provocar un efecto en la convicción judicial

Por poner un último ejemplo por ejemplo el *RisCanvi* es una aplicación que se está utilizando hoy en día en España, concretamente a la administración penitenciaria catalana, donde esta máquina inteligencia artificial decide en muchos casos si conceder o no beneficios penitenciarios a las personas que están cumpliendo penas privativas de libertad, y esto lleva varios años funcionando y dicen que con buenos resultados.

La prueba obtenida a través de la Inteligencia Artificial

¿Qué tipo de prueba puede ofrecer la inteligencia artificial?, ¿cómo puede ayudar la inteligencia artificial a la actividad probatoria en el proceso penal? En primer lugar, repito no estoy hablando de ciencia ficción, sino de cosas que están pasando. Hoy en día, el 80% de los procesos penales incluyen algún tipo de dato electrónico entre el acervo probatorio; evidentemente no todos lo electrónico es inteligencia artificial , un WhatsApp no necesariamente es inteligencia artificial no lo es, pero del WhatsApp se van a derivar muchos datos, porque todo esos datos que vamos mandando por WhatsApp, hay una empresa propietaria del WhatsApp que se encarga de recogerlos, de meterlo en sus bases de datos, de analizarlo y de ponerlo a disposición de terceros que después toman otras decisiones , pues eso lo dejamos ahí y eso evidentemente nos va a afectar

a nuestro derecho de intimidad, a nuestro derecho a declarar, porque nosotros no sabemos cuándo estábamos poniendo una publicación en Facebook, en Twitter o en Instagram sí eso algún día puede ser utilizado en un proceso penal, como un elemento más que analice nuestras tendencias, nuestra ideología y nuestra probabilidad de ser autores de un delito, porque también estamos hablando de términos probabilísticos, de perfiles de etc., cosa que evidentemente nos separa del derecho penal de autor, nos separa del derecho penal democrático .

En principio ¿Cómo introducimos la prueba de inteligencia artificial en el proceso? ¿qué es la prueba de inteligencia artificial? ¿es prueba científica? ya he dicho no exactamente, las reglas del método científico son las reglas con las que funcionan la inteligencia artificial, si las reglas para elaborarla, pero no las reglas de análisis de datos y de conclusiones que ofrecen estas herramientas. ¿Se parecen por ejemplo los informes policiales de inteligencia?, en muchos casos se utiliza como prueba del proceso penal, la narrativa de la de los servicios inteligencia de la policía diciendo cómo están las conexiones entre bandas delictivas etc., esto puede ser una forma automatizada de elaborar ciertos informes. ¿Es prueba pericial? en cuanto analiza datos, utiliza máximas de la experiencia y ofrece conclusiones de datos que el juez no puede analizar por sí mismo, podría ser prueba pericial, en todo caso dado que no hay limitación de medios de prueba en el proceso penal nos da un poco igual como la clasifiquemos, igual no, porque después a la hora de introducirlo en el proceso no es igual, pero bueno vamos a pasar esto por alto. Estamos hablando de instrumentos que no son homogéneos, hay de todo tipo, no es lo mismo realizar una autopsia virtual que realizar un perfil de la posibilidad de reincidencia de una persona; las implicaciones para los derechos fundamentales son diferentes, los métodos, la fiabilidad, todo es muy diferentes. Algunos elementos tenemos aquí como las tecnologías de reconocimiento facial, la valoración de testimonios de testigos, es decir la inteligencia artificial aplicada a la psicología del testimonio, por lo tanto, emitir conclusiones sobre la veracidad o no de las declaraciones dadas por un testigo o una testigo; por ejemplo, Veripol que está siendo utilizado por la policía española por ejemplo para ver si las denuncias que se presentan en comisaría tienen visos de ser cierto. El Clearview es una herramienta que la Unión Europea haya dicho que no se puede utilizar, básicamente se basa en fotos recogidas de múltiples fuentes y que después se meten en esas bases de datos Big Data.

¿Cómo abordamos procesalmente la tutela de los derechos fundamentales en el uso de la Inteligencia Artificial?

Desde luego la forma tradicional de defender los derechos fundamentales en el proceso y de observar la realidad de la prueba en el proceso, salta por los aires con todo esto, porque la privacidad, la no discriminación ,el derecho de defensa la opacidad esto lo hemos visto ,pero normalmente los derechos fundamentales la legalidad ,la jurisdicción, la especialidad, la idoneidad, la necesidad de proporcionalidad de la medida, que es como nos venimos

acostumbrando a trabajar, implica primero que la ley reconoce un medio de prueba, reconoce la posibilidad de limitar derechos fundamentales y que el juez analiza después la idoneidad de aplicar esto en un proceso, esto aquí es imposible. Primero porque no hay ningún tratamiento legal al respecto, porque no todos los métodos de inteligencia artificial son iguales y desde luego porque no hay una posible previsión a nivel legal anterior sobre el uso de una herramienta, lo que hay es intentar ver cómo funciona el algoritmo con carácter previo a la utilización, pero desde luego esto va a necesitar de análisis previos de los sistemas de inteligencia artificial ¿quién va a hacer esos análisis previos? y aquí es muy parecido a lo que Nicolás decía antes sobre la subcontratación del control de los derechos fundamentales en auditorías, en la licitación previa de los sistemas de derechos fundamentales etc. Y mientras el juez no va a poder nunca realizar un análisis de si en el caso concreto o no, se han limitado ilegalmente derechos fundamentales porque no va a tener acceso a los datos, porque no va a ver cómo funciona la máquina y porque nadie va a poder explicárselo y desde luego no de forma sencilla. El Parlamento Europeo lo que está diciendo es, vamos a prohibir determinadas cosas que son muy sensibles para los derechos fundamentales y vamos a limitar otras hasta que sepamos realmente, bien cómo funcionan lo cual creo que no se corresponde mucho con lo que ya está pasando no solo en Europa sino en terceros países.

Conclusiones:

Por lo tanto, creo que esto nos va a exigir un replanteamiento de las garantías procesales; actuar con carácter previo mucho más que en el proceso; y desde luego va a desempoderar mucho al juez o la jueza en el proceso concreto al respecto del control de los derechos fundamentales.

Y como ven pocas certezas, pero algunas dudas que en todo caso tampoco en fin son demasiado halagüeñas respecto a la protección de nuestros derechos como ciudadanos y ciudadanas

Las declaraciones de los menores como prueba preconstituida en el proceso penal. Laura Álvarez Suárez

Interviene, por último, Laura Álvarez Suárez, doctora por la Universidad de Oviedo, Investigadora en el Área de Derecho Procesal y Jueza Sustituta de los juzgados del Principado de Asturias.



Laura Álvarez Suárez

Doctora por UNIOVI y jueza sustituta

La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y a la Adolescencia frente a la Violencia (en adelante, LOPIIAV), introdujo bastantes novedades en nuestra longeva Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 (LECrím), una de ellas fue el establecimiento de