

Revista
SISTEMA PENAL CRÍTICO

**ACERCA DE LA RELACIÓN ENTRE INTELIGENCIA ARTIFICIAL
Y RESPONSABILIDAD PENAL EMPRESARIAL**

**ABOUT THE RELATIONSHIP BETWEEN ARTIFICIAL INTELLIGENCE
AND CORPORATE CRIMINAL LIABILITY**

Borja Llonín Blasco

Doctorando en Derecho Económico y de la Empresa

Universidad de Deusto

RESUMEN:

La inteligencia artificial y la robótica plantean muchas oportunidades de desarrollo para la sociedad pero, a su vez, también puede generar determinados riesgos que han de ser abordados por el Derecho. La Unión Europea está haciendo un gran esfuerzo para regular la inteligencia artificial de forma preventiva, garantizando la salvaguarda de los derechos fundamentales y de los valores de la Unión. Este esfuerzo tiene su reflejo en el Derecho penal, encargado de regular los ataques más graves a los bienes jurídicos que pretenden ser protegidos por el legislador. Más concretamente, en este artículo se expone la relación entre los programas de compliance y las medidas preventivas de los riesgos derivados de la inteligencia artificial.

ABSTRACT:

Artificial intelligence and robotics offer many opportunities for the development of society but, at the same time, they can also generate certain risks that need to be addressed by the law. The European Union is making a great effort to regulate artificial intelligence in a preventive way, ensuring that fundamental rights and EU values are safeguarded. This effort is reflected in criminal law, which is responsible for regulating the most serious attacks on fundamental rights that are intended to be protected by the legislator. More specifically, this article sets out the relationship between compliance programmes and measures to prevent risks arising from artificial intelligence.

PALABRAS CLAVES:

Inteligencia artificial, responsabilidad penal de las personas jurídicas, riesgos.

KEYWORDS:

Artificial intelligence, criminal liability of legal entities, risks.

SUMARIO:

1.Introducción. 2.Aproximación a la regulación del robot inteligente. 3.El tratamiento del robot inteligente en el Derecho penal. 4.La incidencia del robot inteligente en la responsabilidad penal de las personas físicas. 5.La responsabilidad penal de las personas jurídicas ¿ejemplo para el robot inteligente?. 6.El compliance para abordar los riesgos derivados de la inteligencia artificial. 7.Reflexiones finales. 8. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente estudio es analizar cómo puede abordar el Derecho penal una tecnología con una gran presencia en la actualidad, pero aún con mucho margen de desarrollo, como es la inteligencia artificial. Más concretamente, el estudio se va a centrar en la responsabilidad penal de las personas jurídicas, los programas de compliance y su posible extrapolación al campo de la inteligencia artificial. A efectos de aclaración, para una mayor facilidad lectora, se van a utilizar indistintamente los conceptos de sistema de inteligencia artificial y robot inteligente para hacer referencia a dispositivos o sistemas que estén dotados de inteligencia artificial, de conformidad con las singularidades que se van a exponer a lo largo de las próximas líneas, estén o no dotados de un soporte físico.

Para abordar este tema, se van a exponer las características y facultades del robot inteligente. Asimismo, se va a indicar cuál es el tratamiento que se da a los sistemas de inteligencia artificial por los principales proyectos normativos que hay, en la actualidad, a nivel supranacional. En función de estos elementos, se desarrolla la posibilidad de que el robot inteligente pueda estar dotado de un estatus especial en el ordenamiento jurídico.

Partiendo de este escenario, el estudio se centra en el encaje del robot inteligente en el Derecho penal. Para ello, se expone la evolución de algunos conceptos de la teoría del delito, así como la afectación de la misma por la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esta exposición se realiza con el objetivo de analizar cómo afecta en estos elementos de la teoría del delito la actuación llevada a cabo, de manera parcial o total, por un robot inteligente. Por último, se recogen las medidas de prevención exigibles para las personas físicas y jurídicas que tienen incidencia en el comportamiento del robot inteligente y se analiza la relación entre las mismas y los programas de compliance, atendiendo al enfoque preventivo y proactivo de las normas – o proyectos de normas – que existen actualmente tanto en el campo de los sistemas de inteligencia artificial como en el Derecho penal.

2. APROXIMACIÓN A LA REGULACIÓN DEL ROBOT INTELIGENTE

Para desarrollar el objeto del presente estudio, en primer lugar, es importante conocer el tratamiento que se le da a la inteligencia artificial por parte del legislador y el enfoque normativo con el que se trata de abordar el desarrollo de la inteligencia artificial por parte de los principales proyectos normativos existentes en la actualidad. Esta presencia en el proceso legislativo de diferentes instituciones nacionales e internacionales está plenamente justificada por las posibilidades de esta tecnología y por los riesgos que llevan aparejados las mismas.

Sin pretender profundizar en los aspectos técnicos de la inteligencia artificial – por no disponer de las capacidades necesarias ni del espacio suficiente en el presente estudio – en las próximas líneas se van a exponer algunas de las singularidades más relevantes del robot inteligente que han sido tenidas en cuenta en los distintos proyectos normativos, para poder determinar cuál es el punto de partida sobre el que realizar el análisis. Si se atiende a la primera norma supranacional que, a fecha del presente estudio, está siguiendo el proceso legislativo europeo, como es la Propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial¹, se define el sistema de inteligencia artificial como “*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.*” Entre las técnicas y estrategias que figuran en el referido anexo, se destacan las estrategias de aprendizaje automático, aprendizaje profundo, la representación del conocimiento o la programación inductiva, entre otras.

De esta definición se pueden extraer algunos elementos interesantes para el tratamiento penal de la cuestión. En primer lugar, la fijación de objetivos del sistema de inteligencia artificial está claramente atribuida al ser humano. Ello conlleva que la autonomía del robot inteligente está acotada a unos determinados objetivos prefijados por el ser humano. En segundo lugar, esta limitada autonomía puede dar lugar, a través de las técnicas de aprendizaje y programación expuestas en el anexo I, a determinadas acciones que pueden tener incidencia en el entorno que les rodea.

Esta definición sigue la tendencia expuesta en otros proyectos europeos. En 2017, se publicó el Informe del

¹ UNIÓN EUROPEA. 2021. 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. COM (2021) 206 final. 2021/0106(COD). *De aquí en adelante, Propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial.*

Parlamento Europeo con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica², en el que se pide a la Comisión Europea que proponga una definición para el robot inteligente, que tenga en cuenta las capacidades de este. Exceptuando las singularidades referentes al soporte físico del robot, dentro de estas características se incluyen:

- La capacidad de adquirir autonomía mediante sensores, el intercambio de datos con su entorno y el análisis de dichos datos.
- La capacidad de autoaprendizaje a través de la experiencia y la interacción.
- La capacidad de adaptar su comportamiento y acciones al entorno.

Partiendo de la definición y singularidades expuestas, la capacidad de ir adquiriendo autonomía conforme va interactuando con el entorno, así como la posibilidad de generar efectos de forma directa en el mismo, conlleva una serie de riesgos que deben ser gestionados por el ordenamiento jurídico en aras a dar una seguridad jurídica a los operadores que desarrollan o utilizan sistemas de inteligencia artificial³. En este sentido, la posibilidad de que esta tecnología pueda operar con su entorno con una autonomía creciente, sobre la base de una programación o un entrenamiento diseñado por un ser humano, generando efectos jurídicos, conlleva una serie de retos a nivel ético, social y jurídico que han de ser abordados.

En cuanto a los retos éticos y sociales, se podrían plantear innumerables cuestiones relacionadas con la inteligencia artificial, teniendo en cuenta el impacto que puede generar en la sociedad y el mercado, derivado de las singularidades del robot inteligente y de las opciones que ofrece. No obstante, únicamente se van a exponer determinadas cuestiones, desde un plano general, que tienen relación con el desarrollo del presente estudio y que va a ser desarrollado posteriormente. Una de las cuestiones principales que va a exponer – y que tiene su claro efecto en el presente estudio – es la de la relación entre el humano y la máquina o, dicho de una forma más concreta, del papel que se le va a otorgar a la máquina y dónde se va a fijar la barrera de sus competencias y facultades. Tanto la robótica como la inteligencia artificial conllevan un cambio notable en nuestra sociedad. Teniendo en cuenta sus singularidades y la posible impredecibilidad de sus acciones, se abre, entre otras opciones, la posibilidad de generar un daño físico, lo que cambia lo visto hasta ahora en cuanto a la relación entre humanos y máquinas⁴.

Además de la posible ocasión de un daño físico, dependiendo del diseño del sistema de inteligencia artificial y su entrenamiento, el algoritmo puede operar influenciado por determinados sesgos presentes en la sociedad, si no se toman las medidas precisas para asegurar la calidad de los datos⁵. Esta cuestión es una de las materializaciones de que las relaciones jurídicas que, en su caso, puedan ser creadas por dispositivos de inteligencia artificial, tienen que realizarse de acuerdo con unas determinadas máximas. Como se ha comentado, la preocupación del legislador es notable, por lo que se han realizado una serie de trabajos, de forma preventiva, para que el desarrollo de la inteligencia artificial se realice sobre una cierta base sólida. Estas máximas pueden englobarse dentro de un desarrollo sostenible de la robótica inteligente, sobre la máxima del respeto a los derechos fundamentales y valores de la Unión Europea⁶.

Dentro de los principios sobre los que sustentar un desarrollo sostenible de la robótica inteligente, cabe destacar cuatro⁷:

- Respeto de la autonomía humana: los sistemas inteligentes deben ser diseñados para potenciar las aptitudes de las personas, pero sin dirigirlos de forma injustificada, engañando o manipulando. El ser humano debe ser capaz de mantener una autonomía plena y efectiva sobre sí mismo.
- Prevención del daño: la operatividad de los sistemas inteligentes debe realizarse desde la robustez téc-

² UNIÓN EUROPEA. 2017. Informe del Parlamento Europeo con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)), de 27 de enero de 2017.

³ Propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial. Considerando 2.

⁴ BARRIO ANDRÉS, Moisés. 2019. *Derecho de los robots. 2ª edición*. Madrid: Wolters Kluwer, p. 18.

⁵ UNIÓN EUROPEA. 2019. Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de febrero de 2019, sobre una política industrial global europea en materia de inteligencia artificial y robótica (2018/2088(INI)). Considerando U.

⁶ UNIÓN EUROPEA. 2019. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano, de 8 de abril de 2019. COM (2019) 168 final. Punto 2.2.

⁷ UNIÓN EUROPEA. 2019. Informe del Grupo Independiente de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial, creado por la Comisión Europea. 2019. Directrices éticas para una inteligencia artificial fiable. Bruselas, pp. 15-16.

nica y siendo capaces de garantizar que no se utilice para un uso malintencionado. Esta previsión es necesaria para evitar que se provoquen daños o perjuicios de otro tipo a los seres humanos.

- Equidad: no se debe aceptar la generación o agravación de sesgos injustos a través de los sistemas inteligentes, de tal forma que se pueda generar una estigmatización o discriminación. Asimismo, debe promoverse una equidad también en lo que respecta a la igualdad de oportunidades, así como de acceso a los sistemas inteligentes.
- Explicabilidad: Respecto de este principio, de cara a generar confianza en los sistemas inteligentes, es esencial la transparencia, de tal forma que se puedan conocer las capacidades y finalidad de los sistemas, así como poder explicar las decisiones que se adopten

En esta línea, la afectación a los derechos fundamentales es un reto social y ético, pero, principalmente, es un reto jurídico. De hecho, este desafío para los derechos fundamentales es una de las razones que fundamenta la publicación de la Propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial. Por ello, el legislador europeo establece una serie de medidas que tratan de garantizar un nivel de protección elevado para los derechos fundamentales, por medio de un sistema basado en la gestión de riesgos. Sobre la base de esta gestión de riesgos, establece una serie de obligaciones a los intervinientes en el funcionamiento del sistema de inteligencia artificial, de tal forma que se protejan determinados derechos fundamentales; como la dignidad humana, el respeto de la vida privada, familiar y la protección de los datos personales, la igualdad y la no discriminación, entre otros⁸.

La mayor significación jurídica derivada de estos retos jurídicos, éticos y sociales se refleja en el papel que desarrolle el robot inteligente en la sociedad. Dependiendo de las facultades que se le conceda, sus acciones tendrán una serie de efectos jurídicos u otros. A este respecto, teniendo en cuenta el momento actual y la – menor – incidencia de la inteligencia artificial en la sociedad, la Propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial únicamente impone obligaciones a los usuarios y a los proveedores de sistemas de inteligencia artificial, siendo éstos personas físicas o jurídicas. Por todo ello, para valorar la incidencia del robot inteligente en el Derecho penal, en primer lugar, se debe valorar cuál es la posición del robot inteligente en el ordenamiento jurídico.

3. EL TRATAMIENTO DEL ROBOT INTELIGENTE EN EL DERECHO PENAL.

Para realizar una inmersión en el tratamiento del robot por el Derecho penal y, en último término, en la cuestión central de este estudio, como es la afectación del mismo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se debe realizar una exposición inicial de las capacidades técnicas y jurídicas del robot inteligente, para poder fijar cuál es el punto de partida y realizar el análisis jurídico sobre dicha figura. En este sentido, en el apartado introductorio se han expuesto algunas singularidades técnicas como son la capacidad de adquirir autonomía, el autoaprendizaje o la adaptabilidad al entorno que, en cierto modo, deriva en un descontrol por parte del usuario del robot o del sistema de inteligencia artificial. Esta capacidad de adquirir autonomía unida a la capacidad de producir efectos en el entorno que rodea al robot o al sistema, conlleva que se realicen una serie de valoraciones sobre su consideración jurídica.

Una consideración muy relevante fue la realizada por el Parlamento Europeo en el año 2017 en el informe referenciado anteriormente sobre las normas de derecho civil en materia de robótica⁹. En este informe, además de recoger una serie de características comunes para el robot inteligente, se plantea la posibilidad – en virtud de las características previamente expuestas – de dotar al robot inteligente de una personalidad jurídica específica. Esta atribución se realizaría para aquellos robots más complejos que sean capaces de tomar decisiones de forma autónoma y operar de forma independiente.

Esta teoría ha sido acogida por algunos autores que, sobre la base de la teoría de la ficción de Savigny, que señala al hombre como único sujeto de derecho, siendo las personas jurídicas una ficción reconocida por el Estado, por razones de conveniencia, es completamente trasladable a la robótica en términos similares. En esta línea, si los robots inteligentes evolucionan de tal forma que tengan influencia sobre la creación de relaciones jurídicas, nada impide que, desde el punto de vista de la ficción, pueda establecerse una personalidad jurídica específica del robot. De este modo, confluirían tres personalidades jurídicas; la humana, dotada de voluntad propia; la persona jurídica, dotada de una voluntad fruto de la unión de voluntades aisladas y la de los sistemas

⁸ Propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial. Exposición de Motivos 3.5.

⁹ UNIÓN EUROPEA. 2017. Informe del Parlamento Europeo con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)), de 27 de enero de 2017.

ciber-físicos, dotada de una voluntad que surge de procesos algorítmicos¹⁰. A este respecto, cabe señalar, conforme a lo que se expondrá en las próximas líneas, que el propio concepto de voluntad es un concepto cuya intensidad requerida en el Derecho penal ha ido evolucionando conforme al desarrollo de la sociedad y de la realidad criminológica.

La teoría del delito y la situación criminológica se ha ido adaptando a las modificaciones, en ocasiones paulatinas y, en otras ocasiones, repentinas, que se han ido produciendo en la sociedad. Una de las principales evoluciones ha afectado al delito doloso de acción, el cual fue configurado *ab initio* como el delito modelo, que se ha visto en parte distorsionado tal y como se expone en las próximas líneas. En este sentido, se da una disociación entre la acción y la responsabilidad, siendo en muchas ocasiones un subordinado el ejecutor de la acción que da pie al delito, sin autonomía en la decisión. Asimismo, determinados elementos del tipo pueden atribuirse a diferentes sujetos, como la ejecución material, la capacidad de decisión o la posesión de la información¹¹.

Esta superación del delito doloso de acción como delito modelo, da lugar a que se configure el delito como un ataque a la vigencia de la norma, poniendo en cuestión el Derecho. Por ello, de la mano de esta evolución del concepto de delito dominante en la sociedad, se ha dado una afectación de la teoría de la imputación objetiva. Esta teoría se desarrolló sobre el concepto del delito doloso de acción. El nuevo concepto de delito – más extenso, tal y como se expone a continuación – precisa de unos criterios sólidos para poder afirmar la presencia de una conducta penalmente injusta. A partir de la década de los 70 cada vez hay una presencia mayor de una concepción más amplia del injusto penal, integrando la óptica específica de la omisión equivalente a la acción, con un crecimiento de la imprudencia, no concebida ya como una mera forma de castigo puntual. Esta vocación integral del injusto penal conlleva que la nueva teoría de la imputación objetiva deba abarcar no sólo el delito doloso de acción, sino el injusto doloso e imprudente, por acción y omisión, así como los diferentes supuestos de participación y las tentativas¹².

Además de esta evolución de la categorización delictiva, a la teoría del delito y la imputación objetiva de cuño alemán también le ha afectado de forma notable la globalización y la influencia de conceptos y enfoques propios de la tradición jurídica angloamericana. Esta influencia, materializada en parte por medio de los casos de Derecho Penal de la empresa, generan una serie de distorsiones en la teoría del delito y en los elementos que la conforman, debido a la naturaleza de las organizaciones y la dificultad para aplicar los dogmas propios de la concepción clásica a situaciones novedosas y diferentes a las anteriores¹³.

Una de las causas que genera distorsión en la doctrina clásica de la teoría del delito (además de las ya expuestas anteriormente) es la excesiva presencia de elementos normativos extrapenales, tanto por remisión del Derecho Penal a legislación mercantil o administrativa como por el difícil deslinde, en ocasiones, entre el Derecho administrativo y el Derecho penal. Esta causa está de manifiesto claramente en este mismo estudio en el que, para abordar un aspecto penal concreto del desarrollo de la inteligencia artificial, se acude a una propuesta normativa de naturaleza administrativa, como es la Propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial para extrapolarla al campo del Derecho penal¹⁴ y relacionarla, tal y como se desarrollará con posterioridad.

Estos avances o, mejor dicho, modificaciones de la teoría del delito y adaptaciones a la sociedad, son perfectamente trasladables al escenario actual. No obstante, hay un matiz que es verdaderamente importante en la comparación entre los dos escenarios. En el caso de las personas jurídicas, éstas adquirieron una importancia muy notoria antes de que se introdujera en el ordenamiento jurídico la posibilidad de que las mismas pudieran tener una responsabilidad penal. En el caso de los sistemas de inteligencia artificial, se está realizando un esfuerzo notable en materia de regulación preventiva, para que la inteligencia artificial se ajuste a la regulación normativa, y no al contrario. A este respecto, en la Propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial se expone

¹⁰ ERCILLA GARCÍA, Javier. 2018. *Normas de Derecho Civil y Robótica. Robots inteligentes, personalidad jurídica, responsabilidad civil y regulación*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, pp. 16-17.

¹¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. 2013 “Introducción: lo teórico y lo experimental en la teoría del delito”. En Silva Sánchez, Jesús-María y Miró Llinares, Fernando. *La teoría del delito en la práctica penal económica*. Madrid: La Ley Wolters Kluwer, p. 37.

¹² ROBLES PLANAS, Ricardo. “Estudio preliminar: la «teoría de la imputación objetiva»: algunas consideraciones sobre sus orígenes”. En FRISCH, Wolfgang. 2015. *La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas*. Moia: Atelier Libros Jurídicos, pp. 31-32.

¹³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. MIRÓ LLINARES, Fernando. 2013. *La teoría del delito...*, op. cit., pp. 34-37.

¹⁴ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. “Estado actual de la teoría del delito y Derecho penal económico”. En DEMETRIO CRESPO, Eduardo; DE LA CUERDA MARTÍN, Mónica y GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, Faustino. 2020 *Derecho Penal Económico y Teoría del Delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 50.

la intención del legislador de desarrollar un ecosistema de confianza, por medio de un marco jurídico, que se encamine hacia una inteligencia artificial fiable, poniendo los valores y derechos fundamentales de la Unión Europea en el centro de la normativa, de tal forma que las normas relativas a esta tecnología se ajusten a la protección del bienestar de los ciudadanos de la Unión Europea¹⁵.

En esta situación, en caso de que el legislador europeo no cambie drásticamente su enfoque, se antoja difícil pronosticar que los sistemas de inteligencia artificial puedan alcanzar un rol que genere una necesidad de dotarle de un estatus especial o de una personalidad jurídica propia. Por ello, el tratamiento que el Derecho penal puede dar a estos sistemas o robots inteligentes debe encaminarse más hacia el instrumento que hacia la persona. Sin embargo, debe resaltarse que, aunque no se considere, por el momento, precisa la dotación de un estatus especial, las posibilidades que otorgan los sistemas de inteligencia artificial hacen necesario un enfoque por su posible incidencia en la responsabilidad penal de las personas físicas y jurídicas.

4. LA INCIDENCIA DEL ROBOT INTELIGENTE EN LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS FÍSICAS.

Si bien en la conclusión del punto anterior se ha indicado que, teniendo en cuenta el contexto actual, el Derecho penal tiene que encuadrar al robot inteligente en una posición cercana al instrumento, este tiene una incidencia en la responsabilidad penal de las personas físicas – y, como posteriormente se analizará, de las personas jurídicas – que no tiene cualquier instrumento. A este respecto, por las características de la tecnología y, de forma más concreta, por la capacidad de aprendizaje que le permite adaptar su *output* al contexto, a la experiencia y al entorno que les rodea, se pueden generar situaciones novedosas para la teoría del delito. Se pueden plantear diferentes escenarios en los que un sistema de inteligencia artificial tiene incidencia en un resultado delictivo, siendo en algunos supuestos más transgresor respecto de la teoría del delito que en otros.

Por un lado, estaría la utilización – por parte de una persona física – de un robot inteligente para delinquir. En este caso, si se dispone de la capacidad para programar el robot para que lleve a cabo una determinada actuación delictiva y este actúa en consecuencia, manteniéndose la acción conforme a lo programado, la problemática es inexistente, ya que podría configurarse la responsabilidad de la persona física, así como una atribución de la conducta por medio de la autoría directa¹⁶.

Por otro lado, se plantean escenarios en los que el resultado delictivo ejecutado por el robot no es el deseado por el programador o el usuario del mismo. Es en este contexto en el que se dan algunas cuestiones para el Derecho penal que alejan al robot de la consideración de ser un mero instrumento. La dificultad a la hora de encajar estos supuestos en la teoría general del delito propia de las personas físicas se puede situar en varios elementos, ya que se introduce un elemento con una determinada autonomía y capacidad de aprendizaje, que genera nuevos elementos a valorar, por ejemplo, en la obligación de control del usuario.

En este supuesto, en el que no hay una determinación directa de la persona física ni un control absoluto sobre el dispositivo inteligente, se van a exponer, de forma superficial, algunas de las afecciones en los elementos de la teoría del delito. Se va a iniciar esta exposición de determinados aspectos generales que pueden resultar afectados con la tipicidad, tanto objetiva como subjetiva, de estas actuaciones en las que tiene incidencia el robot. Comenzando por la parte objetiva de la tipicidad, se debe hacer referencia a uno de los elementos determinantes del estudio de la inteligencia artificial y su repercusión en el ordenamiento jurídico: el riesgo.

Para la imputación objetiva de un delito de resultado, son precisos varios elementos: la creación de un peligro para el bien jurídico, que este peligro no esté cubierto por un riesgo permitido y que el peligro se haya realizado en el resultado concreto¹⁷. Partiendo de esta base, se pueden relacionar algunas salvedades que excluirían la imputación objetiva de la conducta a la persona física. Se da una exclusión de la imputación objetiva del resultado en los casos en los que la conducta supone un riesgo que no es cuantitativamente suficiente *ex ante*, teniendo en cuenta la perspectiva de una persona prudente en el momento de la acción, con los conocimientos especiales que, en su caso, pudiera tener el autor¹⁸. A este caso específico, en el cual se evita la imputación ob-

¹⁵ Propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial. Exposición de Motivos 1.1.

¹⁶ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, 2017. “La robótica ante el Derecho penal: el vacío de respuesta jurídica a las desviaciones incontroladas”. *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad* [en línea], Nº 1, p. 14. [fecha de consulta: 01/10/2022] Recuperado de: <https://www.ejc-reeps.com/Gonzalo%20Quintero%20La%20robotica%20ante%20el%20Derecho%20penal%20REEPS.pdf>

¹⁷ ROXIN, Claus. 1997. *Derecho penal. Parte general*. Madrid: Civitas, pp. 363-364.

¹⁸ MIR PUIG, Santiago. 2015. *Derecho Penal. Parte general*. Barcelona: Reppertor, p. 255.

jetiva del resultado se le puede adicionar, por la similitud del planteamiento, los casos de riesgo permitido socialmente. El Derecho penal no entra en el campo de los riesgos socialmente adecuados que van unidos a determinadas conductas, estimadas por la sociedad y consideradas como normales y generalmente no peligrosas. En similares términos se encuentra el riesgo permitido, con la conducción automovilística siguiendo todas las normas viarias como principal ejemplo. En estos casos, es indudable el riesgo que supone, pero el legislador lo permite, salvo en algunos supuestos, por intereses preponderantes del bien común¹⁹.

Este planteamiento, tanto en lo que respecta al conocimiento *ex ante* del riesgo, como en la asunción de un determinado nivel de riesgo permitido, tiene una clara traslación al campo de la inteligencia artificial. En cuanto al conocimiento *ex ante* del riesgo, ante una eventual comisión delictiva derivada del descontrol del dispositivo robótico, se daría una situación en la que el problema sería eminentemente de carácter probatorio, para poder determinar, cada cuál desde su posición en el procedimiento, si la persona física podía conocer o no el posible resultado y, en su caso, si se le podía haber exigido la adopción de unas determinadas medidas de control. Asimismo, en cuanto a la asunción de un determinado nivel de riesgo permitido, el legislador europeo expone la disyuntiva entre las ventajas que puede proporcionar la inteligencia artificial y los riesgos que puede conllevar la utilización de estos sistemas, estableciendo una serie de niveles de riesgo, teniendo en cuenta la posible afectación de los derechos fundamentales del ciudadano de la Unión Europea.

Asimismo, se debe hacer referencia a las desviaciones del curso causal, ya que tienen un reflejo nítido en el campo de la robótica inteligente. Estas desviaciones pueden producirse por factores naturales, por la intervención de terceros e, incluso, por la intervención de la propia víctima. En todos estos casos, se plantean supuestos en los que el autor aumenta de forma considerable el riesgo de lesión de un bien jurídico, pero, por diversas circunstancias, aunque se interrumpe el nexo causal, termina produciéndose igualmente el resultado dañoso. En estos casos, la valoración penal se debe ceñir a los riesgos asociados a la conducta llevada a cabo por el autor. Las normas penales sólo pueden prohibir la creación de un riesgo en tanto en cuanto puede preverse unido a la acción²⁰.

Cambiando el foco hacia la tipicidad subjetiva, conforme a lo dispuesto en el artículo 5 del Código Penal, el autor tiene que haber obrado con dolo o imprudencia para poder ser considerado responsable del delito cometido. Para que concurra esta tipicidad subjetiva en la conducta de la persona física, se tiene que dar una conjunción de un elemento cognitivo y un elemento volitivo que, dependiendo de la intensidad, podrá dar lugar a un dolo directo de primer grado, de segundo grado o eventual o, en su caso, a una imprudencia.

En el caso de situaciones como las que se están trabajando en este apartado, en las cuales el resultado delictivo no es perseguido directamente por el autor, se debe descartar el dolo directo de primer grado y centrarse en el resto de modalidades de tipicidad subjetiva. Comenzando por la modalidad – descartado el dolo directo de primer grado – que tiene un mayor componente volitivo, se debe hacer alusión al dolo directo de segundo grado. Para que pueda darse esta categorización, el autor, sin perseguir la realización del tipo, sabe y advierte como seguro, o casi seguro, que su actuación va a dar lugar al delito²¹. En esta clase de dolo, al contrario que en el anterior, predomina el factor cognitivo. No obstante, el tratamiento es similar, ya que trata como cierto el advenimiento del resultado delictivo, por lo que la única diferencia es que, en estos casos, se da una simple esperanza de que no se va a dar el resultado por un golpe de suerte²², circunstancia que no ha de modificar el tratamiento en lo que a tipicidad subjetiva respecta.

Si se continúa descendiendo en la escala, se encontraría el dolo eventual. La fijación de la barrera entre el dolo eventual y la imprudencia es una de las cuestiones más discutidas por la ciencia penal, no resultando ser únicamente un debate doctrinal, sino que el resultado de este debate o de esta distinción, puede conllevar que una conducta sea considerada típica o no. Ambas modalidades comparten la misma estructura en cuanto que en ninguno de los dos casos se desea el resultado – lo cual puede ser extrapolable a los supuestos que nos ocupan – pero en ambos supuestos se reconoce la posibilidad de que dicho resultado se produzca²³.

Dado que no es el objeto del presente estudio y, como se ha indicado previamente, esta barrera entre el dolo e imprudencia ha sido la protagonista de un extenso debate doctrinal, se va a exponer de forma muy superficial la tesis de Roxin que, además de dejar constancia de la dificultad de reproducir por medio de palabras, de forma

¹⁹ ROXIN, Claus. *Derecho...*, *op. cit.*, pp. 366-372.

²⁰ MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Edersa, p. 325.

²¹ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 271.

²² JESCHECK, Hans-Heinrich. 2002. *Tratado de Derecho penal. Parte general*. Granada: Comares, p. 320.

²³ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 272.

adecuada, un fenómeno muy sutil y sobre el cual influyen tendencias irracionales y sólo parcialmente conscientes, como es el enmarcar bajo la voluntad del autor un determinado resultado, señala que hay dolo eventual cuando el sujeto cuenta seriamente con la posibilidad de realización del tipo y, pese a ello, continúa para alcanzar el fin perseguido, dejando – como se ha dicho previamente – al devenir de los acontecimientos, la concreción o no de que se realice el tipo. En el otro sentido, actuaría imprudentemente quien, advirtiendo la posibilidad de producción del resultado, no lo toma en serio y tampoco se resigna a ello, sino que confía en que no se realice el tipo. En este sentido, hay que relacionar la confianza en la no concreción del tipo en la capacidad de dominar la situación y no tomar en serio el resultado delictivo, motivo por el que no se actúa dolosamente. Esta confianza no es equiparable a la esperanza de que haya un golpe de suerte y no se produzca y, por ello, esta esperanza no excluye el dolo²⁴. Teniendo en cuenta esta breve exposición del dolo eventual y de la imprudencia, parece evidente que, en caso de resultados no deseados como los que son objeto del presente apartado, es en este marco en el que se tiene que encajar la tipicidad subjetiva de la acción en la que tiene incidencia el robot inteligente.

Asimismo, se tiene que resaltar que el análisis de la concurrencia de los elementos de la teoría del delito en la persona física no resulta tan sencillo por varios motivos. Uno de estos motivos es porque lo normal sería que no haya una sola persona física, sino que haya multitud de participantes, de diversa naturaleza, que tengan influencia sobre la acción del robot (diseñador, programador, comercializador, usuario, etc.). Esto encamina nuevamente el problema que se está tratando a una cuestión probatoria que, en muchos casos, la carga que se imponga a las partes del procedimiento puede resultar diabólica. A este respecto, durante el periodo de redacción del presente estudio, la Comisión Europea ha publicado una Propuesta de Directiva para adaptar las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial²⁵. A los efectos de lo que se está tratando en este punto, cabe destacar de la propuesta que se produce una intervención legislativa para contrarrestar una posible desprotección de la víctima. La Propuesta de Directiva de Inteligencia Artificial determina que, sobre la base de las características de la inteligencia artificial, como son la complejidad, la autonomía o la opacidad (el efecto “caja negra”)²⁶, puede ser excesivamente costoso acreditar que un dato de entrada concreto del que es responsable la persona potencialmente responsable ha dado lugar a una información de salida específica de un sistema de IA que, a su vez, ha provocado el daño en cuestión²⁷. En consecuencia, para compensar esta desprotección de la potencial víctima, se propone una presunción de causalidad entre el daño y la culpa del proveedor, operador o usuario del sistema de inteligencia artificial, siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos²⁸.

Otro de los motivos que conlleva que no resulte sencilla la conjunción de los elementos de la teoría del delito es la posibilidad de establecer una conexión subjetiva entre hecho y autor, obrando de este modo de forma culpable. Acogiendo la concepción normativa de la culpabilidad de Frank, se han de dar tres elementos, como son la normalidad mental del sujeto; una relación psíquica, o al menos una posibilidad de que se dé la misma, entre el autor y el hecho y la normalidad de las circunstancias en las que actúa el sujeto²⁹. La cuestión de la culpabilidad es particularmente interesante cuando se valora respecto de la posibilidad de que el robot inteligente cumplimente estos elementos, así como los efectos que ello conllevaría. No obstante, nuevamente por motivos de espacio, no puede ser incluida en el presente trabajo, por lo que será objeto de análisis en próximos trabajos de investigación.

Para el caso de la culpabilidad de las personas físicas relacionadas con el comportamiento del dispositivo inteligente, más allá de la problemática probatoria que pueda darse, el quid de la cuestión reside en la relación entre el autor y el hecho y la normalidad de las circunstancias en las que actúa el sujeto. Por un lado, en cuando a la conexión entre el autor y el hecho, podría determinarse que, a mayor autonomía del dispositivo inteligente, la conexión puede tener una menor intensidad. Por otro lado, en cuanto a las circunstancias en las que actúa el sujeto, dependiendo del dominio del hecho del autor persona física y del nexo de unión entre éste y el robot inteligente, se podrían valorar algunas cuestiones en cuanto a la normalidad de las circunstancias del sujeto. En este sentido, si se considera “sujeto” al robot inteligente, se podría dar una anormalidad de las circunstancias por medio de una alteración del funcionamiento por una brecha de seguridad del dispositivo inteligente. En ese caso, ¿se excluiría la culpabilidad de la persona física?

²⁴ ROXIN, Claus. *Derecho...*, *op. cit.*, p. 427.

²⁵ UNIÓN EUROPEA. 2022. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial (en adelante, Propuesta de Directiva de Inteligencia Artificial) 2022/0303 (COD).

²⁶ Propuesta de Directiva de Inteligencia Artificial. Exposición de Motivos 1.

²⁷ Propuesta de Directiva de Inteligencia Artificial. Considerando 3.

²⁸ Propuesta de Directiva de Inteligencia Artificial. Artículo 4.

²⁹ FRANK, Reinhard. 2004. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Montevideo: B de F., pp. 41-42.

Estas cuestiones reflejan, de nuevo, la tensión entre los elementos clásicos de la teoría del delito y los cambios que se producen en la sociedad. Actualmente, en la teoría del delito se da una creciente relevancia de elementos de infracción del deber, lo cual implica una menor importancia de las conexiones físicas con el objeto de la acción. En consecuencia, la dogmática de la teoría del delito trata de reconstruir sus instituciones para abarcar nuevos casos que sean merecedores de pena³⁰, para mantener vigente la función preventiva, general y especial, del Derecho penal. Estos cambios se produjeron de forma notable cuando se introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas, configurando un sistema de responsabilidad de un ente diferente a una persona física, por los riesgos que entrañaba la presencia de personas jurídicas en la sociedad. Actualmente, a otra escala, la inteligencia artificial también presenta unos riesgos que han de ser abordados para mantener la vigencia de los fines del Derecho penal. Por ello, en los próximos apartados se van a relacionar ambos focos de riesgo para valorar si es conveniente darles una solución única.

5. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS ¿EJEMPLO PARA EL ROBOT INTELIGENTE?

En los puntos anteriores se han expuesto, de forma somera, algunos de los retos que plantea el robot inteligente al Derecho penal. Para ello, se ha sustentado la explicación sobre dos pilares fundamentales: las características del robot inteligente y la teoría del delito de las personas físicas. Sin embargo, si hay una figura en el Derecho penal que merece ser la protagonista en el presente estudio, es la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esta figura es importante por varios motivos. Desde el punto de vista teórico y doctrinal, para analizar cómo a un ente diferente del ser humano le ha sido atribuida la capacidad jurídica para soportar una sanción penal. Desde el punto de vista práctico, también tiene su importancia, porque son sujetos sometidos a una propuesta de regulación con obligaciones para con la inteligencia artificial y que, en la mayoría de casos, serán las personas jurídicas los proveedores o usuarios de estos sistemas.

Comenzando por el punto de vista teórico y doctrinal, en las próximas líneas se van a exponer algunas de las razones que han encaminado al legislador a recoger la posibilidad de que las personas jurídicas puedan ser sujetos merecedores de pena, de tal forma que, a posteriori, se pueda valorar si esta fórmula es extrapolable a otros entes o si esta misma fórmula es extensible a otros supuestos diferentes a los que actualmente pueden generar una responsabilidad penal por vía del artículo 31 bis del Código Penal. Para comenzar este análisis, se han de exponer algunos antecedentes que han conllevado que el principio *societas delinquere non potest* haya perdido eficacia en el ordenamiento jurídico nacional.

Si se acude a la norma que introduce la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ordenamiento jurídico español³¹, la Exposición de Motivos respecto a los argumentos por los que se da ese paso es realmente sucinta. En el Expositivo VII, relativo a esta figura, más allá de explicaciones sobre la técnica legislativa empleada, únicamente se hace alusión a los “*numerosos instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas, sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente (corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas informáticos...)*”.

A pesar de la brevedad de la exposición, de la misma se extraen dos elementos interesantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En primer lugar, se encuentra la intervención de las personas jurídicas en el panorama criminológico. A este respecto, expone una serie de tipos delictivos en los que tienen una mayor implicación las personas jurídicas en cuanto al riesgo de comisión. En este mismo sentido, se debe hacer alusión a los riesgos que las personas jurídicas suponían – y suponen – para la lesión de determinados bienes jurídicos merecedores de protección y, por ende, de intervención del Estado para el cumplimiento de los fines preventivos de la norma y de la adaptación del Derecho a la sociedad. Estos fines preventivos se mantienen por medio de la estimulación a aquellos que generan dichos riesgos para que colaboren con la acción preventiva del Estado, por medio de la implantación de sistemas de cumplimiento que les determine a cumplir con la legalidad vigente³². En otras palabras, se le pone al empresario la gorra de policía.

³⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; MIRÓ LLINARES, Fernando. *La teoría...*, op. cit., pp. 34-37.

³¹ ESPAÑA. 2010. Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*. núm. 152, de 23 de junio de 2010, páginas 54811 a 54883 (73 págs.)

³² GONZÁLEZ TOMILLO, Manuel. 2015. *Introducción a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. 2ª edición. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, p. 22.

Esta decisión se adopta porque, como consecuencia de los altos niveles de complejidad de la sociedad moderna, el Estado se ha visto incapaz de regular todos los aspectos sociales actuales y controlar todos los riesgos, por ello, se precisa la autorregulación empresarial para la gestión de estos riesgos. Esta decisión tiene unos efectos notorios en la relación entre el Estado y las personas jurídicas, que pasan a asumir un rol de colaboradores con las autoridades tanto de modo preventivo como reactivo a la comisión del delito³³. La autorregulación no es una figura ni exclusiva, ni en la que el Derecho penal sea pionero, sino todo lo contrario. El control de riesgos penales en las empresas, por medio del *compliance*, es un río en el que desembocan varios afluentes de distinta procedencia (tal y como se verá *infra*), siendo el Derecho penal el último invitado a la fiesta de la autorregulación corporativa³⁴.

En segundo lugar, se encuentra el acogimiento de las recomendaciones internacionales y la influencia de otras legislaciones en el ordenamiento jurídico nacional. Es decir, además de la influencia de otros ámbitos objetivos, se encuentra la influencia de otros ámbitos territoriales. En el caso de España, el tratamiento que otorga a las personas jurídicas se orienta en el mismo sentido que en Estados Unidos o Francia. No obstante, es generalizado entre los países avanzados que se dé un tratamiento especial a la persona jurídica en cuanto a su responsabilidad por la comisión de determinados hechos, debido a la industrialización y a la colectivización de la vida económica y social³⁵.

Esta decisión basada en las capacidades del Estado para – no – asumir una serie de riesgos contrasta con la necesidad de adaptar las figuras clásicas del Derecho penal a un escenario en el que hay un nuevo protagonista. Dentro de estas figuras que hay que adaptar, hay algunas que generan más fricción que otras. Más concretamente, aquellas que tienen un componente más subjetivo han sido objeto de mayores críticas y han servido de argumento para los detractores de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en más ocasiones. No obstante, dado que no se puede exponer – ni siquiera relacionar – los debates que ha suscitado la introducción de un nuevo agente sobre el que puede recaer una responsabilidad penal, únicamente se va a hacer alusión a algunas figuras de la teoría del delito que se han visto adaptadas y que son relevantes para el objeto del presente estudio.

La primera figura a la que se va a hacer referencia es la tipicidad, tanto en su vertiente objetiva como subjetiva. Comenzando por la tipicidad objetiva, se ha de hacer referencia a uno de los elementos que le afecta, como es la creciente presencia de elementos normativos extrapenales en el Derecho penal, de tal forma que se hacen remisiones desde el ordenamiento jurídico penal a otros campos, como el mercantil o el administrativo³⁶. Estas remisiones serán objeto de valoración en las próximas líneas, si bien es un reflejo más – en este caso – de cómo la regulación penal ha ido más retrasada que otras áreas en el caso de la autorregulación.

Dentro de la tipicidad objetiva, se tiene que hacer referencia al elemento de la relación de causalidad. La irrupción progresiva de situaciones propias del Derecho Penal económico conlleva que se produzcan problemas para establecer esta relación, teniendo en cuenta la complejidad de las relaciones entre múltiples factores causales y las consecuencias lesivas asociadas a dichos factores³⁷. Debido a la extensión y complejidad de las organizaciones, algunas de éstas se convierten en “cajas negras³⁸” que hacen muy compleja la regulación de los riesgos que entraña por parte del Estado.

Esta complejidad afecta igualmente al riesgo permitido, figura que se ve alterada dado que, actualmente, la situación marginal no es el riesgo, sino la ausencia de éste³⁹, a lo cual hay que añadir todos los factores precedentes. Todo ello influye en la propia tipicidad objetiva de las conductas que pueden dar lugar a una

³³ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. 2016. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. 2ª edición*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, pp. 92-93.

³⁴ NIETO MARTÍN, Adán. “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal”. En Kuhlen, Lothar; Montiel, Juan Pablo y Ortiz de Urbina Gimeno, Iñigo. 2013. *Compliance y Teoría del Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, pp. 22-26.

³⁵ GÓMEZ COLOMER, Juan-Luís. “Introducción: La responsabilidad penal de las personas jurídicas y el control de su actividad: Estructura jurídica general en el Derecho Procesal Penal español y cultura de cumplimiento (Compliance programs)”. En Gómez Colomer, Juan Luís y Madrid Boquín, Christa M. 2019. *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 28.

³⁶ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. “Estado actual de la teoría del delito y Derecho penal económico”. En DEMETRIO CRESPO, Eduardo; DE LA CUERDA MARTÍN, Mónica y GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, Faustino. *Derecho Penal... op. cit.*, p. 50.

³⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. MIRÓ LLINARES, Fernando. *La teoría..., op. cit.*, p. 42.

³⁸ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Tratado..., op. cit.*, pp. 92-93.

³⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. MIRÓ LLINARES, Fernando. *La teoría..., op. cit.*, p. 44.

responsabilidad penal de la persona jurídica. Tratando de resumir la discusión doctrinal latente a lo largo de los últimos años en unas pocas líneas, se hace una remisión a la Circular 1/2016, de la Fiscalía General del Estado, que recoge dos modelos para sustentar la responsabilidad penal de la persona jurídica:

- La atribución por transferencia o vicarial, según la cual se entiende que una persona se manifiesta a través de la actuación de una persona física que tiene facultades para comprometerla, siempre que se evidencie un hecho de conexión. Es la vía expuesta en el artículo 31 bis 1. a)
- La responsabilidad directa o autónoma, por medio de la cual, se crea un sistema de imputación propio de la persona jurídica, de tal modo que es ésta la que comete el delito. Según la propia Fiscalía, el mayor escollo se encuentra en fundamentar la culpabilidad, la cual se da por el defecto de organización al omitir las medidas de precaución que le son exigibles.

Con estas valoraciones por parte de la Fiscalía General del Estado queda de manifiesto discusión acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la exposición de doble vía de imputación de éstas por los delitos que se cometan en el seno de su actividad. Estas vías de imputación se canalizan a través de los respectivos hechos de conexión entre la conducta delictiva y la empresa como responsable penal. Estos hechos de conexión responden a los “modelos” que se citan en la Circular de la Fiscalía General del Estado, siendo clave para la determinación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas el análisis de si se dan estos hechos de conexión. Por un lado, estarían las personas físicas con las facultades suficientes para desencadenar dicha transferencia de responsabilidad criminal y, por otro lado, estarían las personas físicas que no tienen estas facultades, pero que han podido llevar a cabo dicha conducta delictiva por la falta de control existente en la persona jurídica en cuestión⁴⁰.

En segundo lugar, se ha de hacer referencia a la tipicidad subjetiva. Para encajar el dolo y la imprudencia en la conducta de las personas jurídicas ha habido diferentes teorías con diferentes enfoques, en líneas generales, en el mismo sentido que en el caso de la imputación objetiva. La discusión entre autorresponsabilidad y heterorresponsabilidad ha tenido su reflejo en el análisis de la tipicidad subjetiva. Aquellos autores que sostienen la heterorresponsabilidad, defienden que la imputación subjetiva de la conducta debe sostenerse sobre una conducta dolosa o imprudente de la persona física en el marco de la actividad de la persona jurídica. En esta línea, se realizaría una traslación de la responsabilidad a la persona jurídica con base en distintas teorías: la teoría de la identificación; según la cual el dolo o la imprudencia de las personas físicas debe entenderse igualmente como dolo o imprudencia de la persona jurídica, la teoría de la imprudencia inconsciente, ya que la persona jurídica carece de consciencia o, por último, la teoría según la cual a mayor presencia de connotación subjetiva en la persona física, mayor es el defecto de organización de la persona jurídica⁴¹.

La jurisprudencia es unánime en señalar que la responsabilidad penal de las personas jurídicas es autónoma, es decir, no condiciona la responsabilidad penal de las personas físicas ni viceversa⁴². Además de la postura jurisprudencial, el propio Código Penal establece, en su artículo 31 ter, que la responsabilidad penal de la persona jurídica será exigible aun cuando no haya podido individualizarse a la persona física responsable, por lo que las posturas expuestas precedentemente son incorrectas, teniendo en cuenta el sentido otorgado por el legislador a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Por ello, partiendo del necesario acogimiento a las opciones que otorga el artículo 5 del Código Penal, con la necesaria presencia del elemento subjetivo y reiterando que no se puede realizar, tampoco en el plano subjetivo, una traslación de la conducta de la persona física a la persona jurídica, se debe valorar qué elementos son precisos para conformar la tipicidad subjetiva de la persona jurídica. Comenzando por el dolo, su categorización depende de las diferentes combinaciones que se realicen de sus dos elementos principales: el conocimiento y la voluntad.

Si se partiera del concepto clásico de dolo, el encaje de la conducta de una persona jurídica sería complicado. No obstante, teniendo en cuenta la evolución de este concepto, no se producen tantas fricciones a la hora de determinar la tipicidad subjetiva de la conducta de la persona jurídica. En efecto, en la actualidad, en primer

⁴⁰ GONZÁLEZ CUSSAC, Jose Luis. *Modelo legal de doble vía: los hechos de conexión* en Marín De Espinosa Ceballos, Elena; Moreno-Torres Herrera, María Rosa; Esquinas Valverde, Patricia y Morales Hernández, Miguel Ángel. 2021. *El Derecho Penal en el Siglo XXI. Liber Amecorum en honor al Profesor José Miguel Zugaldía Espinar*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 88-92.

⁴¹ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Tratado...*, op. cit., p. 148.

⁴² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) nº 121/2017, de 23 de febrero (Rec. 1916/2016)

lugar, ha de haber un conocimiento del determinado riesgo⁴³. Para valorar este elemento del conocimiento, cabe distinguir entre el conocimiento de la persona física (relevante para la eventual responsabilidad de la misma) y el conocimiento de la persona jurídica o conocimiento organizativo. Existen bases sólidas, en el estudio de las organizaciones, que sostienen la existencia de un conocimiento organizativo distinto del conocimiento individual, el cual es un elemento necesario para el conocimiento organizativo del riesgo⁴⁴. Si bien es cierto que el conocimiento reside en los individuos, también se puede confirmar que el contenido se nutre del movimiento del conocimiento corporativo y el intercambio de conocimiento con los otros individuos. De hecho, el dolo típico del autor del delito puede tener su origen en el propio conocimiento organizativo, en el sentido de haber obtenido del mismo los recursos necesarios para conocer acerca del riesgo creado o incrementado. Según cual sea la estructura de dicho conocimiento organizativo, se podrán valorar los deberes que tenía el señalado autor del delito (en caso de ser identificado) u otros elementos que son relevantes para la realización del juicio de imputación *ex post delicto*⁴⁵. Esta extrapolación del conocimiento de una persona física a otro ente – en este caso, una organización – es de necesario análisis para la traslación al objeto de la presente tesis, con el fin de poder valorar una eventual conducta típica del robot inteligente.

Asimismo, en segundo lugar, se tiene que hacer referencia a la falta de respeto a los parámetros de cuidado preventivos que exige el legislador, como elemento clave para determinar la tipicidad de la conducta ya que, en caso de concretarse el riesgo por el mantenimiento del riesgo no permitido daría lugar a la eventual responsabilidad penal de la persona jurídica⁴⁶. En este caso, el elemento de la voluntad se configura como la aceptación del resultado al mantener la posibilidad de aumento del riesgo, no respetando los parámetros legalmente exigibles, de forma similar a la imprudencia de las personas físicas.

Por último, se ha de referir la adaptación de la culpabilidad que, como se expondrá con posterioridad, está íntimamente relacionada con la capacidad de acción de las propias personas jurídicas. Para determinar la culpabilidad de la persona jurídica, la doctrina dominante defiende, en la línea de lo dispuesto anteriormente en la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, que se debe dar un defecto de la organización. Según esta teoría, destacando a Tiedemann como su precursor⁴⁷, para determinar la culpabilidad de la persona jurídica se debe comprobar que la persona jurídica no ha adoptado alguna de las medidas de control exigibles para garantizar el desarrollo legal de la empresa. Ello conlleva que, en la teoría jurídica del delito de la persona jurídica, la actitud reprochable del autor (el defecto de organización) permite imputar a la persona jurídica el hecho ilícito (de conexión o referencia).

Esta teoría cuenta con el soporte normativo que la legitima. En el caso del Código Penal vigente, tras la reforma – relevante a efectos de la materia que nos ocupa – de 2015, se mantiene la doble vía de imputación. La primera vía estaría conformada por los delitos cometidos por aquellos integrantes que tienen las facultades para representar a la persona jurídica, así como para ostentar facultades de control en la misma. La segunda vía, la que más detalladamente ampara esta teoría, implica la responsabilidad penal de la persona jurídica cuando las personas que no tienen las facultades expuestas en el caso de la primera vía, han podido realizar los hechos delictivos por incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad.

Si bien en el caso de las personas físicas, la libertad del individuo juega un papel fundamental en su culpabilidad, en el caso de las personas jurídicas su culpabilidad también se justifica por la libertad de auto-organización como reconocimiento social o intersubjetivo⁴⁸. Por lo tanto, cuando no se asume la obligación de organización adecuada para evitar riesgos de comisión delictiva, se aprecia la actitud interior de incumplimiento⁴⁹ propia de la culpabilidad.

⁴³ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Tratado...*, *op. cit.*, p. 149.

⁴⁴ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 149-150.

⁴⁵ VARELA, Lorena; MANSDÖRFER, Marco. 2021. *Principios de Derecho Penal Económico*. Barcelona: Bosch, p. 179.

⁴⁶ GALÁN MUÑOZ, Alfonso. 2017. *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 243.

⁴⁷ TIEDEMANN, Klaus. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”. Tomado de Zugaldía Espinar, José Miguel. 2012. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. (Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal)*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 21 y ss.

⁴⁸ GOMEZ-JARA DIEZ, Carlos. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales, p. 108, tomado de González Sierra, Pablo. 2014. *La imputación penal de las personas jurídicas. Análisis del art. 31 bis del Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 378.

⁴⁹ GONZÁLEZ SIERRA, Pablo. 2014. *La imputación...*, *op. cit.*, p. 378.

Ante el planteamiento lógico de que esta teoría de la culpabilidad y fundamento de la responsabilidad podría amparar una responsabilidad por el hecho ajeno, Tiedemann opta por dos figuras para justificar su postura⁵⁰. En primer lugar, alude a la omisión que está presente en el reproche facilitando la imputación del actuar de la persona física a la empresa, partiendo de una postura socio-normativa sobre la imputación. En segundo lugar, sustenta su teoría de la imputación a la persona jurídica sobre la figura de la *actio libera in causa*. Con base en esta figura, la ausencia de culpabilidad con el hecho propiamente lesivo – llevado a cabo por una persona física – no es relevante ya que tiene su causa en una culpabilidad antecedente de la persona jurídica. En consecuencia, la omisión de medidas de control de manera previa a la comisión delictiva constituye el fundamento de la culpabilidad de la persona jurídica.

En este punto, se debe dar paso a la cuestión relativa a los aspectos prácticos que han hecho conveniente la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, más allá de la configuración de unas construcciones dogmáticas propias para, a posteriori, poder valorar la posición de la inteligencia artificial en este escenario. Por un lado, se debe hacer referencia a la relación entre el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal. En el Derecho administrativo sancionador, hacía décadas que podían responder por las infracciones cometidas⁵¹.

Partiendo de esta base, el Derecho penal puede valerse de algunos de los principios del Derecho administrativo sancionador⁵². A este respecto, el Tribunal Constitucional se pronunció en su Sentencia 246/1991, de 19 de diciembre⁵³ (muy anterior a la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas), de la que cabe destacar lo siguiente:

- La Constitución Española fija el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal.
 - El principio de culpabilidad es aplicable igualmente en materia de infracciones administrativas. Las sanciones derivadas del incumplimiento normativo administrativo son manifestaciones del ius puniendi del Estado, no pudiendo fijarse un régimen de responsabilidad objetivo o en el que no se dé una actuación culposa.
 - Partiendo de que ha avalado el principio de responsabilidad personal por los hechos propios, como principio de la personalidad de la pena o sanción, hay que realizar unas precisiones para el caso de las personas jurídicas:
- Las personas jurídicas tienen capacidad infractora, pero el elemento subjetivo de la culpa tiene que aplicarse de forma diferente que en el caso de las personas físicas. En el caso de aquéllas, cuya naturaleza es la propia de una ficción, falta el elemento volitivo en sentido estricto, pero tienen capacidad para infringir las normas a las que se encuentran sometidas.
 - Al tener capacidad para infringir las normas que les son aplicables, les puede ser reprochado su incumplimiento para que la norma pueda proteger de forma eficaz el bien jurídico objeto de la norma en cuestión.

De lo expuesto, se puede deducir que, partiendo de una misma base, como es la capacidad infractora y la consecuente capacidad de culpabilidad, el Derecho penal se reserva para los casos en los que la infracción es más grave o atenta contra determinados bienes jurídicos fuera del campo del Derecho administrativo.

Por otro lado, se encuentra la responsabilidad civil. Al respecto de esta figura, se establece una obligación de compensación de los daños que puedan ser achacables a una negligencia producida por la persona jurídica en cuestión. No obstante, la finalidad es meramente resarcitoria, no sirviendo para materializar de forma efectiva una prevención general positiva, tal y como se produce por medio de la responsabilidad penal.

En este contexto, el compliance, que no es nada distinto al cumplimiento normativo, sino un gran río en el que se desembocan varios afluentes. Anteriormente era la prevención del blanqueo de capitales, el gobierno corporativo o los códigos éticos y de conducta⁵⁴. Desde el año 2010, en este río ha desembocado la prevención de

⁵⁰ TIEDEMANN, Klaus. *NJW* 1988, p. 1172, tomado de BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Tratado...*, op. cit., p. 161.

⁵¹ ESPAÑA. 1992. Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. *Boletín Oficial del Estado*. núm. 285, de 27/11/1992. Artículo 130.

⁵² GONZÁLEZ TOMILLO, Manuel. 2015. *Introducción...* op. cit., p. 22.

⁵³ Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera), nº 246/1991, de 19 de diciembre (Rec. de amparo 1274/1998).

⁵⁴ NIETO MARTÍN, Adán. “Problemas ... op. cit.”. En Kuhlen, Lothar; Montiel, Juan Pablo y Ortiz de Urbina Gimeno, Iñigo.

riesgos penales. Estas desembocaduras han respondido a diversas áreas de riesgo que se han ido generando a lo largo de las últimas décadas. En diversos ámbitos como el cumplimiento de la normativa fiscal, de protección de datos, de prevención de riesgos laborales, entre otros, se ha producido una inversión del sistema hacia metodologías más preventivas y proactivas. En este punto, cabe determinar que uno de los focos actuales de riesgo es la responsabilidad derivada de la robótica inteligente.

Sirviendo lo anterior de precedente, actualmente el proyecto normativo de referencia es la Propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial, cuyo incumplimiento conllevaría la infracción administrativa. En el caso de la responsabilidad civil en los casos que la conducta no sea merecedora de reproche penal, está en el tránsito legislativo la Propuesta de Directiva para adaptar las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial⁵⁵.

A pesar del estado no definitivo de ambas propuestas de regulación a nivel supranacional, se puede afirmar de forma indubitada que tanto la normativa civil como la administrativa, reguladora de la inteligencia artificial, se encamina hacia la necesidad de establecimiento de unos sistemas de prevención y de seguridad necesarios para prevenir la concreción de los riesgos que conlleva el uso de estos sistemas de inteligencia artificial. Por ello, en este escenario, cabe exponer los motivos por los que el Derecho penal debe ser nuevamente el último invitado a la fiesta de la autorregulación para abordar los riesgos derivados de los sistemas de inteligencia artificial.

6. EL COMPLIANCE PARA ABORDAR LOS RIESGOS DERIVADOS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL.

En el punto anterior se han expuesto determinados elementos a valorar para poder determinar, en su caso, si una persona jurídica puede responder penalmente por la comisión de un determinado ilícito penal en el desarrollo de su actividad. Dentro de estos elementos, se han mencionado, entre otros; la ausencia del debido control como fundamento para atribuir a la persona jurídica la responsabilidad penal, el conocimiento corporativo para valorar el dolo de la persona jurídica, determinados parámetros de cuidado preventivos, la libertad de auto-organización de la persona jurídica o la capacidad de culpabilidad derivada de la capacidad de infracción de la norma. Todos estos elementos sirven para tener criterios que puedan valer para analizar si el comportamiento de la persona jurídica frente a los riesgos que su conducta puede generar ha sido adecuado. En consecuencia, dependiendo del comportamiento frente al riesgo, la respuesta penal se dirige en un sentido u otro.

Tal y como se ha señalado anteriormente a lo largo del presente estudio, la inteligencia artificial es un foco de oportunidades de desarrollo que llevan aparejadas unos determinados riesgos. Por ello, se plantean una serie de medidas exigibles a las personas físicas y jurídicas que tienen incidencia en el desarrollo, comercialización y uso de los dispositivos inteligentes, si bien, por la naturaleza de algunas de estas medidas, se pueden atribuir mayoritariamente a las personas jurídicas. En este sentido, se van a exponer una serie de exigencias del legislador que han de servir para valorar su posible traslación al campo penal, atendiendo a las corrientes legislativas actuales.

Para exponer algunas de estas medidas proyectadas, se va a tomar como referencia la Propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial, por ser un proyecto transversal, por ser una normativa de derecho administrativo sancionador – teniendo en cuenta la relación entre ambas áreas precedentemente expuesta – y por tener un enfoque orientado hacia el riesgo. En primer lugar, teniendo en cuenta esta orientación hacia el riesgo, el legislador europeo prohíbe una serie de sistemas de inteligencia artificial que podrían suponer unos niveles de riesgo inadmisibles al atentar contra valores de la Unión Europea y de sus estados miembros, como son el respeto a la dignidad humana, libertad, igualdad, democracia y Estado de Derecho y de los derechos fundamentales que reconoce la UE, como el derecho a la no discriminación, la protección de datos y la privacidad, y los derechos del niño⁵⁶. Entre estas prácticas prohibidas se pueden señalar aquellos sistemas que alteran el comportamiento de una persona trascendiendo su conciencia o aprovechándose de las vulnerabilidades de un grupo de personas que puedan tener una discapacidad o por razón de edad pueda verse alterado su comportamiento, los sistemas utilizados para la clasificación y evaluación social, entre otros⁵⁷.

Compliance..., *op. cit.*, 22-26.

⁵⁵ UNIÓN EUROPEA. 2022. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial (en adelante, Propuesta de Directiva de Inteligencia Artificial) 2022/0303 (COD).

⁵⁶ Propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial. Considerando 15.

⁵⁷ Propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial. Artículo 5.1.

Por tanto, el legislador europeo fija una serie de líneas rojas que no han de ser traspasadas bajo ningún concepto. En segundo lugar, un peldaño por debajo se encontrarían los sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo. Estos sistemas son los más relevantes para el objeto de estudio del presente apartado, por el tratamiento que se le dan. Entre estos sistemas de inteligencia artificial, se pueden reseñar aquellos que sirven para la identificación biométrica y categorización de personas físicas, los que sirven para gestionar infraestructuras críticas, aquellos que pueden ser utilizados para gestionar el acceso a la educación o formación profesional, aquellos que pueden ser utilizados para recursos humanos, control de fronteras, administración de justicia, etc⁵⁸.

Para estos sistemas, la Propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial recoge una serie de medidas necesarias para abordar los riesgos que entrañan (artículos 9 a 15). La primera medida que se expone es realmente relevante ya que engloba las demás y porque tiene una clara correspondencia en el campo penal respecto a las personas jurídicas. Es obligatorio establecer un sistema de gestión de riesgos, que sea debidamente implantado, documentado y actualizado para introducir en el mercado un sistema de inteligencia artificial de alto riesgo. Además, estos sistemas deben ser actualizados de forma continua, siguiendo un itinerario:

- Identificación y análisis de los riesgos conocidos y previsibles vinculado a cada sistema de inteligencia artificial de alto riesgo.
- Estimación y evaluación de los riesgos que podrían surgir cuando el sistema de inteligencia artificial se utilice conforme a un uso previsible o indebido, pero razonablemente previsible.
- Una vez haya sido comercializado, evaluación de otros riesgos que sean conocidos a partir de los datos recogidos durante el uso del mismo.

Asimismo, deben adoptarse medidas de gestión de riesgos conforme al estado de la técnica, si es preciso, valiéndose de normas armonizadas. Hay un determinado riesgo residual asumible, siempre y cuando se informe debidamente al usuario. Para seleccionar las medidas adecuadas, éstas se tienen que encaminar hacia la eliminación o reducción del riesgo, así como a la mitigación y control de los riesgos que no puedan ser eliminados.

De forma complementaria a este sistema de gestión de riesgos, para el cumplimiento de unas medidas preventivas adecuadas, se precisan otras medidas. Entre ellas, a la hora de entrenar los modelos utilizados para los sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo, se han de tomar medidas para que se asegure una determinada calidad de los datos utilizados con, entre otros fines, tratar que no se realiza un tratamiento de datos discriminatorio ni sesgado.

Además, se imponen una serie de exigencias de documentación que sirven para prevenir y, a su vez, para acreditar el cumplimiento de las medidas precedentes. En este sentido, se establece la obligación de preparación de la documentación técnica de un sistema de inteligencia artificial de alto riesgo de modo previo a la introducción en el mercado, que deberá estar actualizada. Igualmente, se exige que los sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo puedan registrar automáticamente su funcionamiento, de cara a garantizar una trazabilidad y un control de la información tratada por el sistema de inteligencia artificial, así como unos niveles de comunicación y transparencia para con el usuario.

Por último, se ha de resaltar, de cara a valorar el enfoque dado por el legislador europeo a los sistemas de inteligencia artificial, que se imponen obligaciones de vigilancia humana y de ciberseguridad. En cuanto a la vigilancia humana, se requiere que el sistema esté dotado de una herramienta de interfaz humano-máquina, de tal forma que en caso de ser necesario, habilite a la persona para prevenir o reducir los riesgos que puedan surgir. Respecto a la ciberseguridad, se establecen una serie de requisitos para mitigar los riesgos que provengan de ataques ilícitos de terceros.

Como se puede observar, en la referida propuesta normativa se adoptan una serie de medidas preventivas frente a riesgos propios y ajenos, con el fin de mitigar los mismos por medio de la proactividad y de la autorregulación de las organizaciones que tienen una incidencia en el funcionamiento del sistema de inteligencia artificial. En consecuencia, en las próximas líneas se van a exponer algunos de los requisitos para que un programa de compliance penal sea eficaz y valorar, en su caso, si han de incluirse medidas para la prevención de riesgos derivados de los sistemas de inteligencia artificial para mitigar el riesgo de ataque a un bien jurídico que sea merecedor de protección por medio de una norma penal, previa modificación de la parte especial del Derecho penal, incluyendo los delitos susceptibles de ser cometidos, directa o indirectamente, por un sistema de inteligencia artificial.

Para la exposición de las medidas que se precisan en el programa de compliance penal, se van a tomar como

⁵⁸ Propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial. Anexo III.

referencia el propio Código Penal, la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado y el estándar UNE 19601. El Código Penal establece en su artículo 31 bis 2., la exención de responsabilidad penal de la persona jurídica si “el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión” junto a una serie de requisitos adicionales. Asimismo, establece los requisitos⁵⁹, de forma superficial, para que los programas de compliance puedan ser considerados eficaces. En este sentido, el legislador exige, expuesto de forma resumida, que estos modelos identifiquen las actividades que pueden conllevar los riesgos penales, estén dotados de recursos financieros, dispongan de un canal de comunicación interno para denunciar posibles incumplimientos o riesgos y tengan mecanismos para mantener los programas de compliance actualizados de forma constante, entre otras exigencias.

De esta exposición legislativa se ha realizado un desarrollo doctrinal y jurisprudencial. En las próximas líneas, se van a exponer algunos elementos indicados por la Fiscalía General del Estado y por la UNE 19601, por el sentido que le dan al programa de compliance, alejado del concepto de únicamente servir de vía para la exención de responsabilidades penales, sino que debe adoptarse una cultura corporativa de cumplimiento normativo que pueda servir para otros campos de la organización. De hecho, en la propia Circular de la Fiscalía General del Estado se hace mención a que el legislador penal ha asumido tareas propias del ámbito administrativo, incluyendo en la legislación penal elementos societarios que deberían haber realizado una remisión a la normativa mercantil, a la que se hubiera podido acudir a la hora de valorar la adecuación del sistema para prevenir riesgos⁶⁰.

Los programas de compliance no han de tener por objeto evitar la sanción penal sino promover la cultura ética empresarial. El modelo ha de servir para cumplir la legalidad en general y, por ende, con la legalidad penal⁶¹. De hecho, hay otros ámbitos administrativos, como la competencia, cuya autoridad ha publicado guías para evaluar los sistemas de compliance en relación con la competencia desde el plano administrativo⁶². Esta correlación entre sistemas de cumplimiento de diferentes áreas del Derecho ha sido abordada por la normalización internacional. El Grupo ISO de coordinación técnica ideó la estructura de alto nivel (HLS), para que los sistemas de gestión tuvieran una estructura común y unas definiciones y contenidos equiparables, de tal forma que las superestructuras de compliance puedan coordinar diferentes áreas de compliance⁶³.

Esta interoperabilidad entre diferentes áreas la alude la propia Fiscalía General del Estado para evaluar la eficacia de los sistemas de compliance, refiriendo como criterio interpretativo la normativa sectorial que ya se encontraban obligadas a establecer sistemas de gestión de riesgos⁶⁴, como son las Circulares de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) nº 6/2009, de 9 de diciembre, sobre control interno de las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva y sociedades de inversión y nº 1/2014, de 26 de febrero, sobre los requisitos de organización interna y de las funciones de control de las entidades que prestan servicios de inversión, el Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas, publicado por la CNMV el 24 de febrero de 2015 o el propio Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

Atendiendo al contenido de la norma UNE 19601, que puede servir como referencia si bien no supone una acreditación de la eficacia del modelo de organización y gestión, los programas de compliance han de incluir determinados elementos relevantes para el objeto del presente estudio. En esta línea, se resaltan algunos de estos elementos que han de incluirse en el sistema de gestión de compliance penal:

- Adaptación al contexto de la organización, teniendo en cuenta el tamaño, la estructura, la escala y complejidad de la organización, así como factores internos y externos⁶⁵.

⁵⁹ ESPAÑA. 1995. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*. nº. 281, de 24/11/1995. Artículo 31 bis 5.

⁶⁰ Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015. FIS-C-2016-00001. Punto 5.1. En adelante, Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado.

⁶¹ Circular 1/2016, de la Fiscalía General del Estado. Punto 5.1.

⁶² Guía de Programas de Cumplimiento en relación con la Defensa de la Competencia. [en línea] Fecha de consulta: 10/10/2022. https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/Competencia/Normativas_guias/202006_Guia_Compliance_FINA_L.pdf

⁶³ CASANOVAS YSLA, Alain. 2017. *Compliance penal normalizado. El estándar UNE 19601*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, Ediciones AENOR, pp. 34-36.

⁶⁴ Circular 1/2016, de la Fiscalía General del Estado. Punto 5.3.

⁶⁵ ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE NORMALIZACIÓN. 2017. *UNE 19601:2017. Sistemas de gestión de compliance penal*.

- Planificación⁶⁶: Se deben identificar las actividades en cuyo ámbito se pueden materializar los riesgos penales, a fin de, entre otros, prevenir o reducir efectos no deseados y lograr la mejora continua.
- Información documentada⁶⁷ que la organización ha determinado como necesaria para la eficacia del sistema de gestión de compliance penal.
- Formación y concienciación en compliance⁶⁸: Se debe fomentar que los miembros de la persona jurídica estén concienciados y debidamente formados respecto de los riesgos penales, de forma proporcional, para poder colaborar en la evitación y detección de los mismos.
- Medidas de evaluación del desempeño, auditoría interna y revisiones⁶⁹: La organización ha de hacer seguimiento del sistema de gestión de compliance penal para asegurar la consecución de los objetivos de compliance penal, por medio de un plan. Asimismo, entre otras medidas, se han de hacer auditorías internas para certificar la eficacia e implementación del sistema de compliance.

Como se puede apreciar de forma directa, debido a la interesada selección de medidas recogidas en las líneas precedentes que exigen, por un lado, la propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial y, por otro lado, el Código Penal y doctrina desarrolladora del texto normativo, el compliance – entre el que se encuentra el compliance penal – tiene la estructura idónea para abordar los riesgos de la inteligencia artificial. De hecho, las medidas propuestas en el proyecto normativo europeo de inteligencia artificial son, en esencia, parte de un programa de compliance para evitar la concreción de los riesgos que generan los sistemas de inteligencia artificial.

En este punto, en el que la metodología de implantación de la prevención de riesgos penales y de la inteligencia artificial resultan plenamente compatibles, cabe cuestionarse si es preciso trasladar algunos supuestos del Derecho administrativo sancionador al Derecho penal. A este respecto, el posicionamiento personal es en sentido positivo, por una razón principal. El fundamento básico de la responsabilidad penal de la persona jurídica es la omisión de los deberes de control exigibles a la organización, lo cual es completamente compatible con el proyecto regulador de la inteligencia artificial.

Incluso los fundamentos que dan pie a ambas modificaciones del ordenamiento jurídico – o proyecto en el caso de la inteligencia artificial – tienen claras similitudes. En el caso de las personas jurídicas, tal y como se ha expuesto, la complejidad de algunas hace que se vean como cajas negras en las que es costoso atribuir responsabilidades. Esta opacidad es, a su vez, la razón de ser de la propuesta de Directiva reguladora de la responsabilidad civil, así como de la Propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial. En caso de consumarse la aprobación de estas normas, la relación entre ambos sistemas sería muy correspondida.

Por último, para que esta posibilidad se materializase se tendrían que valorar dos aspectos. En primer lugar, la conveniencia de superar dicha barrera del Derecho administrativo al penal, lo cual, a mi juicio, con base en lo anterior y en aras a unas mayores garantías en los casos en los que los ataques a los bienes jurídicos merecedores de protección sean más graves, ha de seguirse por los cauces del Derecho penal. Además, por razones de prevención general, se debe alertar sobre la postura del legislador respecto de la inteligencia artificial, dejando cristalino que se debe minimizar el riesgo y mantener el debido control sobre estos sistemas.

En segundo lugar, por razones de política legislativa, se tendrían que adoptar dos medidas. Por un lado, valorar cuáles son los delitos susceptibles de ser cometidos con intervención de un robot inteligente para incluir la posibilidad de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica responsable, de tal forma que tengan que adaptar, sobre la base del mantenimiento continuo de las medidas, su programa de compliance a esta nueva modificación normativa. Por otro lado, se tendría que abordar la figura del proveedor o usuario del sistema de inteligencia artificial que esté bajo el ámbito de aplicación del Reglamento de Inteligencia Artificial e incumpla sus deberes de prevención, dando lugar a un ataque grave a un determinado bien jurídico. Si bien se tiene que realizar un estudio más detallado de esta posibilidad que, en el presente estudio no puede llevarse a cabo por razones de espacio, se plantea como posibilidad la vía de la comisión por omisión en los delitos en los que sea plausible que la persona física pueda estar en una posición de garante respecto del bien jurídico merecedor de protección.

Requisitos con orientación para su uso. Madrid: AENOR Internacional, S.A.U., Puntos 4.1 y 4.3.

⁶⁶ ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE NORMALIZACIÓN. 2017. *UNE 19601:2017...*, *op. cit.*, punto 6.

⁶⁷ ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE NORMALIZACIÓN. 2017. *UNE 19601:2017...*, *op. cit.*, puntos 6 y 7.6.

⁶⁸ ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE NORMALIZACIÓN. 2017. *UNE 19601:2017...*, *op. cit.*, punto 7.4.

⁶⁹ ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE NORMALIZACIÓN. 2017. *UNE 19601:2017...*, *op. cit.*, punto 9.

7. REFLEXIONES FINALES

A modo de cierre del presente estudio, partiendo de la exposición expuesta de la situación actual de la inteligencia artificial, se debe valorar el esfuerzo preventivo que está realizando el legislador para tratar que el Derecho no vaya tan retrasado respecto de la tecnología. Teniendo en cuenta esta regulación y el tratamiento que se le da al robot inteligente, no es conveniente actualmente la dotación de una personalidad jurídica propia del robot. No obstante, ello no implica que las capacidades del robot inteligente puedan suponer un reto para el ordenamiento jurídico.

Estas capacidades, especialmente, la autonomía creciente y la capacidad de adaptar sus acciones al entorno hacen que algunos elementos clásicos de la teoría del delito puedan verse afectados, si bien es una situación que ya se ha producido con anterioridad, por los cambios en el escenario criminológico y por la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Estas modificaciones sirven para mantener vigente los fines preventivos del Derecho penal.

En este punto, trasladando esta evolución del ordenamiento jurídico a la inteligencia artificial, se une el esfuerzo preventivo del legislador y el enfoque normativo hacia la gestión de los riesgos derivados de los sistemas de inteligencia artificial con el resto de disposiciones normativas que imponen medidas de autorregulación de las personas jurídicas. Teniendo en cuenta las dificultades para abordar la autonomía del robot inteligente desde el punto de vista del Derecho penal para los ataques más graves que puedan producir a los bienes jurídicos merecedores de protección, la utilización de los programas de compliance para prevenir los riesgos de comisión delictiva derivada del uso de estos sistemas es una oportunidad idónea.

Partiendo de esta base, en caso de que los proyectos normativos se aprueben en un sentido similar al actual, se debería realizar un análisis integral de política criminológica para abordar esta nueva modalidad delictiva. En esta línea, la labor a realizar consistiría en valorar cuáles de los tipos delictivos actualmente existentes podrían ser cometidos con una participación directa o indirecta del robot inteligente y decidir acerca de la necesidad de atribuir la posible responsabilidad penal de la persona jurídica, con el fin de que las propias organizaciones sean partícipes de la prevención de los riesgos que generan los sistemas de inteligencia artificial.

8. BIBLIOGRAFÍA

LIBROS:

- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. 2016. Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. 2ª edición. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- BARRIO ANDRÉS, Moisés. 2019. Derecho de los robots. 2ª edición. Madrid: Wolters Kluwer.
- CASANOVAS YSLA, Alain. 2017. Compliance penal normalizado. El estándar UNE 19601. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, Ediciones AENOR.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo; DE LA CUERDA MARTÍN, Mónica y GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, Faustino. 2020 Derecho Penal Económico y Teoría del Delito. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ERCILLA GARCÍA, Javier. 2018. Normas de Derecho Civil y Robótica. Robots inteligentes, personalidad jurídica, responsabilidad civil y regulación. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- FRANK, Reinhard. 2004. Sobre la estructura del concepto de culpabilidad. Montevideo: B de F.
- FRISCH, Wolfgang. 2015. La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas. Moia: Atelier Libros Jurídicos.
- GALÁN MUÑOZ, Alfonso. 2017. Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis y MADRID BOQUÍN, Christa M. 2019. Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GONZÁLEZ SIERRA, Pablo. 2014. La imputación penal de las personas jurídicas. Análisis del art. 31 bis del Código Penal. Tirant lo Blanch, Valencia.
- GONZÁLEZ TOMILLO, Manuel. 2015. Introducción a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. 2ª edición. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.

JESCHECK, Hans-Heinrich. 2002. Tratado de Derecho penal. Parte general. Granada: Comares.

KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo y ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. 2013. Compliance y Teoría del Derecho penal. Madrid: Marcial Pons.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena; MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa; ESQUINAS VALVERDE, Patricia y MORALES HERNÁNDEZ, Miguel Ángel. 2021. El Derecho Penal en el Siglo XXI. Liber Amecorum en honor al Profesor José Miguel Zugaldía Espinar. Valencia: Tirant lo Blanch.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. La imputación objetiva del resultado. Madrid: Edersa.

MIR PUIG, Santiago. 2015. Derecho Penal. Parte general. Barcelona: Reppertor.

ROXIN, Claus. 1997. Derecho penal. Parte general. Madrid: Civitas.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María y MIRÓ LLINARES, Fernando. La teoría del delito en la práctica penal económica. La Ley. Madrid: Wolters Kluwer: 2013.

VARELA, Lorena; MANSDÖRFER, Marco. 2021. Principios de Derecho Penal Económico. Barcelona: Bosch.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. 2012. La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. (Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal). Valencia: Tirant lo Blanch.

ARTÍCULOS DE REVISTA:

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, 2017. “La robótica ante el Derecho penal: el vacío de respuesta jurídica a las desviaciones incontroladas”. Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad [en línea], N° 1, p. 14. [fecha de consulta: 01/10/2022] Recuperado de:
www.ejc-reeps.com/Gonzalo%20Quintero%20La%20robotica%20ante%20el%20Derecho%20penal%20REEPS.pdf

LEGISLACIÓN:

ESPAÑA. 1992. Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Boletín Oficial del Estado. núm. 285, de 27/11/1992.

ESPAÑA. 1995. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado. nº. 281, de 24/11/1995.

ESPAÑA. 2010. Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado. núm. 152, de 23 de junio de 2010, páginas 54811 a 54883 (73 págs.).

PROYECTOS NORMATIVOS E INFORMES LEGISLATIVOS:

UNIÓN EUROPEA. 2021. 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. COM (2021) 206 final. 2021/0106(COD).

UNIÓN EUROPEA. 2022. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial (en adelante, Propuesta de Directiva de Inteligencia Artificial) 2022/0303 (COD).

UNIÓN EUROPEA. 2017. Informe del Parlamento Europeo con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica de 27 de enero de 2017 (2015/2103(INL)).

UNIÓN EUROPEA. 2019. Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de febrero de 2019, sobre una política industrial global europea en materia de inteligencia artificial y robótica (2018/2088(INI)).

UNIÓN EUROPEA. 2019. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano, de 8 de abril de 2019. COM (2019) 168 final.

UNIÓN EUROPEA. 2019. Informe del Grupo Independiente de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial, creado por la Comisión Europea. Directrices éticas para una inteligencia artificial fiable.

JURISPRUDENCIA:

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera), nº 246/1991, de 19 de diciembre (Rec. de amparo 1274/1998).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) nº 121/2017, de 23 de febrero (Rec. 1916/2016)

DOCTRINA ADMINISTRATIVA Y GUÍAS DE REFERENCIA:

Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015. FIS-C-2016-00001. Punto 5.1. En adelante, Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado.

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE NORMALIZACIÓN. 2017. UNE 19601:2017. Sistemas de gestión de compliance penal. Requisitos con orientación para su uso. Madrid: AENOR Internacional, S.A.U.

Guía de Programas de Cumplimiento en relación con la Defensa de la Competencia. [en línea] Fecha de consulta: 10/10/2022.

https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/Competencia/Normativas_guias/202006_Guia_Co compliance_FINAL.pdf