

EL PROCESO Y EL PRECRIMEN: UNA LECTURA LITERARIA DEL USO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA DETENCIÓN PREVENTIVA*

MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ VILLAMIZAR**

Recibido: 14 de abril de 2021. Aceptado: 7 de junio de 2021.

RESUMEN

En mayo de 2019, la Fiscalía General de la Nación de Colombia inició el plan piloto para la implementación de PRISMA, un programa construido con base en *machine learning*, que pretende reducir la reincidencia criminal por medio de la aplicación eficiente de la detención preventiva. Este sistema informático fue analizado través de dos obras literarias: *El proceso* y *El informe de la minoría*, conforme a la corriente de Derecho y Literatura. Lo anterior, dado que la Literatura pone en evidencia las tensiones que existen alrededor del proceso penal, con lo cual permite ver, primero, cómo PRISMA puede vulnerar el derecho fundamental al debido proceso al reducir la posibilidad de defensa del acusado; borrar el límite entre quien acusa y quien juzga; y eliminar la presunción de inocencia al conceder la detención preventiva basándose únicamente en la peligrosidad de un individuo. Segundo, se muestra que este tipo de tecnologías se enmarcan en un derecho penal basado en el peligrosismo, que, a su vez, responde a un Estado Penal. En este orden de ideas, la Literatura se presenta como una herramienta de análisis de las contradicciones presentes en el Derecho y en la creación e implementación de PRISMA.

PALABRAS CLAVE

Inteligencia Artificial, reincidencia criminal, PRISMA, Derecho y Literatura, debido proceso.

* Artículo de reflexión.

** Abogada y Literata de la Universidad de los Andes, Bogotá-Colombia. Correo mf.fernandez11@uniandes.edu.co.

THE TRIAL AND THE PRECRIME: A LITERARY READING OF THE USE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN PREVENTIVE DETENTION*

MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ VILLAMIZAR**

Received: april 14, 2021. Accepted: june 7, 2021.

ABSTRACT

In May of 2019, the Office of the Attorney General of the Nation of Colombia initiated the pilot plan to implement Recidivism Risk Profiling for the Request for Assurance Measures (PRISMA by its acronym in Spanish). PRISMA is a program built based on machine learning, which aims to reduce criminal recidivism through the efficient use of pre-trial detention. This software will be analyzed through two literary works: *The Trial* and *The Minority Report*, in accordance with the school of Law and Literature. The foregoing given that the Literature highlights the tensions that exist around the criminal process, which allows to see, first, how PRISMA can violate the fundamental right to due process by reducing the possibility of defense by the accused; erases the limits between the accuser and the judge; and eliminates the presumption of innocence by granting pre-trial detention based solely on the dangerousness of an individual. And second, it is shown that these technologies are framed in a criminal law based on dangerousness, which in turn, responds to a Criminal State. In this order of ideas, Literature is presented as an analysis tool for the contradictions present in the Law and in the creation and implementation of PRISMA.

KEY WORDS

Artificial Intelligence, recidivism, PRISMA, Law and Literature, due process.

* Analytical article.

** Lawyer and Literary from Universidad de los Andes, Bogotá-Colombia. Email: mf.fernandez11@uniandes.edu.co.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad es difícil pensar en algún campo en el cual no se usen los sistemas informáticos para minimizar errores operativos y hacer los procesos más eficientes. El Derecho no se quedó atrás y desde la Inteligencia Artificial, en adelante IA, se han creado bases de datos de fuentes jurídicas, sistemas de análisis de jurisprudencia, de detección de denuncias falsas, de apoyo a la decisión para jueces, y además, programas de predicción de la criminalidad. Este auge, si bien se ha visto como un avance para la disciplina, debe ser analizado con detenimiento pues al caer en una confianza plena en la tecnología se puede llegar a invisibilizar algunas cuestiones problemáticas de su uso.

El presente documento busca, a través de narrativas literarias, realizar un análisis profundo de las tecnologías de predicción del crimen, en específico, del programa creado por la Fiscalía General de la Nación: PRISMA (Perfil de Riesgo de Reincidencia para la Solicitud de Medidas de Aseguramiento). Este programa nace bajo la necesidad de generar un control de la criminalidad eficiente, en el cual la Inteligencia Artificial es usada para determinar el grado de peligrosidad de un individuo; es decir, establecer si un sujeto puede ser una amenaza para la sociedad. Lo anterior, vulnera el derecho fundamental al debido proceso, en particular, ciertos principios que lo componen: derecho a la defensa, el juez natural y la presunción de inocencia. Por ende, es necesario hacer un análisis socio-jurídico en el que se pueda contrastar la jurisprudencia, la doctrina y la Literatura, con el fin de poner en evidencia las problemáticas alrededor de la implementación de estos modelos de predicción del crimen.

Así pues, además de utilizar fuentes jurídicas para realizar el análisis, se leerá a PRISMA a través de dos obras literarias: *El proceso* (Franz Kafka) y el *Informe de la Minoría* (Philip K. Dick). Lo anterior, basado en la corriente de Derecho y Literatura, según la cual se puede humanizar el Derecho al entender las tensiones que existen alrededor de su funcionamiento. Se espera tener un acercamiento a PRISMA que permita visibilizar las problemáticas que genera su implementación para sujetos particulares que van a estar sometidos a la potestad punitiva del Estado. Entonces, por un lado se contrastará a PRISMA

con el derecho fundamental al debido proceso, y por el otro, se estudiará el discurso que sostiene la creación de un sistema penal que no persigue el delito sino al individuo como fuente de peligro. La Literatura será la herramienta que permita ver las tensiones sociales e históricas y asimismo la presencia del llamado *peligrosismo*⁰¹ en el sistema penal.

Teniendo esto en cuenta, el presente documento se dividirá en cuatro partes. En el primer capítulo se presentará a PRISMA y las obras literarias. En la segunda se realizará una comparación entre *El proceso*, *El informe de la Minoría* y PRISMA para explorar las conexiones presentes y cómo se hacen evidentes las vulneraciones al debido proceso por parte del programa. El tercer apartado busca mostrar cómo este tipo de tecnologías se enmarcan en un derecho penal basado en el *peligrosismo*, que a su vez, responde a un Estado Penal. Finalmente, en las conclusiones se mostrará que la cuestión no es si la Inteligencia Artificial debe ser usada en el Derecho, sino si su implementación responde a los objetivos de un Estado Social de Derecho.

1. PRISMA: ENTRE *EL PROCESO* Y *EL INFORME DE LA MINORÍA*

A principios del 2019, la Fiscalía anunció que iniciaría el piloto de su programa PRISMA (Perfil de Riesgo de Reincidencia para la Solicitud de Medidas de Aseguramiento), el cual busca, a través del *machine learning*, darle mayor información a la Fiscalía a la hora de solicitar una detención preventiva justificada en la reincidencia criminal⁰². Este enfoque se debe a que, en la práctica, la posibilidad de reincidencia es la principal razón que usan los fiscales para solicitar una medida de aseguramiento intramural⁰³. De ahí que, a través de dos obras literarias, *El proceso* y *El informe de la minoría*, se pone en evidencia las tensiones y contradicciones que están en juego con la implementación de PRISMA y que hacen parte de la estructura de la potestad punitiva que se muestran en las narrativas de Kafka y Dick.

1.1 REALIDAD

PRISMA es un programa construido por medio de la Inteligencia Artificial (IA), la cual es una “disciplina eminentemente tecnológica que persigue la construcción de máquinas y programas capaces de realizar complejas tareas con una habilidad y eficiencia iguales o superiores a las que consigue el ser humano”⁰⁴. Así que, la IA es una ciencia que se preocupa por crear sistemas informáticos que puedan comprender procesos cognitivos de razonamiento, toma de decisiones, aprendizaje y procesamiento

01 Del Positivismo Criminológico.

02 David José Escobar, “Prisma: el programa de la Fiscalía para predecir la reincidencia criminal”, *El Espectador*, 2019.

03 Fiscalía General de la Nación, *Herramienta PRISMA: Perfil de Riesgo de Reincidencia para la Solicitud de Medidas de Aseguramiento*, (Presentación, 2019), 4.

04 Miquel Barceló, *Inteligencia Artificial* (Barcelona: UOC Papers, 2020), 10.

de lenguaje natural con el objetivo de llevar a cabo alguna labor humana⁰⁵.

Esta tecnología busca reproducir de manera artificial las capacidades del cerebro humano y brindar a las personas herramientas que faciliten procesos⁰⁶. Lo anterior se logra a través de algoritmos, es decir, la IA funciona con modelos matemáticos basados en un conjunto de operaciones con las que se espera llegar a una solución. Ahora bien, una de las ramas de la IA se centra en el *aprendizaje* de los sistemas informáticos. Lo cual significa que un programa a partir de datos que recibe en un primer momento, aprende y utiliza ese aprendizaje para cumplir con la labor que se le está solicitando.

A lo anterior se le conoce como *machine learning* y su objetivo es que los computadores puedan aprender a partir de los datos pre-establecidos con el fin de comparar y utilizar de manera autónoma la información en su área específica⁰⁷. Entonces, son sistemas preparados a través de una serie de *inputs* —los datos que se le da en primera instancia— y con base en estos, arrojan *outputs*, que son los resultados del proceso. A medida que recibe más *inputs* el aprendizaje se incrementa, y por lo tanto, los *outputs* mejoran. En otras palabras, se utilizan datos para identificar patrones y a su vez generar predicciones. Así que se trata de una rama de la IA en la que interviene las ciencias de la computación, la ingeniería y la estadística⁰⁸.

En la actualidad, la Inteligencia Artificial es usada en muchos campos, incluyendo el Derecho, en el cual se ha implementado a través del:

(p)rocesamiento de lenguaje natural, las redes neuronales profundas o el aprendizaje automático aplicados en tareas legales como el análisis de un contrato, la preparación de una estrategia procesal o la investigación legal, con la finalidad de automatizar la tarea y mejorar la toma de decisiones⁰⁹.

Sumado a lo anterior, en el sistema penal se ha usado el *machine learning* para crear tecnologías de predicción del crimen, las cuales, a través de la información de los individuos y los comportamientos criminales, predicen patrones de criminalidad. En teoría, los resultados arrojados por estos programas ayudarán al control de la criminalidad. Claramente en este caso no hay certeza de la ocurrencia de

05 Ibid., 12.

06 Víctor Beltrán y David Preminger, “Inteligencia artificial en el sistema de justicia criminal: algunas reflexiones sobre su aplicación en el derecho chileno artificial” *Revista de Derecho Aplicado LLM UC* 5 (2020): 5.

07 Auréline Géron, *Hands-On Machine Learning with Scikit-Learn and TensorFlow*, (O’reilly, 2017), 20.

08 Pratap Dangeti, *Statistics for machine learning*, (Birmingham: Packt Publishing Ltd, 2017), 8.

09 Gartner ctd. María Hernández Giménez, “Inteligencia Artificial Y Derecho Penal”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana* 10 (2019): 797.

un delito, sino que se parte de una mayor o menor probabilidad de que suceda. El objetivo de la implementación de estos sistemas es lograr un mejor uso de los recursos disponibles para prevenir el crimen, pues se neutraliza una posible fuente de peligro antes de que se consuma las vulneraciones a los bienes jurídicamente tutelados.

Bajo esta premisa, en Estados Unidos fue diseñado el programa COMPAS¹⁰, un sistema de *machine learning* que busca perfilar a los individuos y de esta forma ayudar a los jueces a determinar “si el acusado debe permanecer en prisión o no mientras espera el juicio”¹¹. El programa analiza la información sobre un sujeto: “cargos actuales, cargos pendientes, historial de arrestos, detenciones preventivas, contar con una residencia estable, situación laboral, vínculos con la comunidad y abuso de sustancias”¹², y como resultado arroja el nivel de riesgo de reincidencia criminal. Con un alto riesgo el sujeto será privado de su libertad preventivamente por el peligro que representa.

En principio, se espera que la predicción hecha por el programa sea objetiva y ayude a los jueces a tomar mejores decisiones. No obstante, según ProPublica, las decisiones tomadas con base en la predicción de COMPAS tienen un problema de sesgos, por lo que los sujetos racializados tienen una mayor posibilidad de ser calificados con un alto riesgo de reincidencia¹³. Entonces, a pesar de que COMPAS no integra la característica racial en su análisis sus resultados son racistas, pues el programa se enmarca en un sistema social discriminatorio contra las personas negras¹⁴. Por esta razón, factores que en principio parecen objetivos como el lugar de residencia, la estabilidad laboral o el tener una condena anterior, pesan en contra de este grupo poblacional¹⁵. Entre otras razones, porque en Estados Unidos es más probable que una persona negra sea arrestada y declarada culpable que una persona blanca¹⁶. Por esto, el *output* de COMPAS no es objetivo, ni justo, como se planteaba que sería, sino que responde a una estructura que oprime a ciertas poblaciones marginadas y asimismo perpetúa este funcionamiento.

Aterrizando este problema en Colombia, la Fiscalía General de la Nación implementó un plan piloto

10 Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions creado por la compañía privada Equivant.

11 Karen Hao y Jonathan Stray, “Can you make AI fairer than a judge? Play our courtroom algorithm game”. (2019). [traducción propia]

12 “Practitioner’s Guide to COMPAS Core”, *NorthPointe*, acceso abril de 2020, <https://assets.documentcloud.org/documents/2840784/Practitioner-s-Guide-to-COMPAS-Core.pdf>, 27. [traducción propia]

13 Hao y Stray, *Can you make AI*.

14 Ibid.

15 Ibid.

16 Libardo Ariza y Mario Torres, “Estudio preliminar. Prisiones y Jueces: La Constitución y la Prisión en la era del encarcelamiento masivo” en *Encarcelamiento Masivo: Derecho, Raza y Castigo* (Bogotá: Siglo de Oro Editores, 2020), 38.

de PRISMA desde mayo de 2019 con 10 fiscales en las ciudades de Bogotá, Medellín, Ibagué, Cartagena y Popayán, generando un perfil criminal en 178 procesos¹⁷. Este programa tiene un fundamento jurídico en la Constitución Política, artículos 28 y 250, y en el Código de Procedimiento Penal, artículos 2 y 310, y busca incidir en las decisiones sobre medidas de aseguramiento tomadas por los Jueces de Control de Garantías. Ahora bien, según el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), las medidas de aseguramiento pueden ser de diferente naturaleza, tanto privativas de la libertad como no privativas. Para el presente documento interesa en particular la detención preventiva en establecimiento de reclusión.

Esta institución jurídica implica un reto para el Juez de Control de Garantías, pues debe determinar si una persona, por ser una fuente de peligro para el sistema de justicia o para la sociedad, debe ser privada de su libertad preventivamente. Sin embargo, este paso lo debe cumplir en un momento muy temprano de todo el proceso penal, con pocas pruebas e información sobre el sujeto. En consecuencia, lo que ocurre es que el juez tiende a aceptar la solicitud de los fiscales sobre las medidas de aseguramiento. Según los datos presentados por la misma Fiscalía, el 87.7% de las veces que es solicitada una medida esta es otorgada. Además, el 87% de las medidas otorgadas son privativas de la libertad, y de estas el 76% son intramurales¹⁸.

Las dificultades para la toma de esta decisión en una etapa tan temprana del proceso, así como la gran cantidad de medidas otorgadas, han impulsado la creación de un modelo de predicción de riesgo de reincidencia. Con él se espera evitar:

Error tipo I: que se le imponga una medida de aseguramiento a un imputado con bajo riesgo de reincidencia, y, **Error tipo II:** no otorgar medida de aseguramiento a un imputado con alto riesgo de reincidencia, afectando la seguridad de la comunidad y las víctimas¹⁹.

Con este programa la Fiscalía General de la Nación busca a través de “modelos de aprendizaje automático (*machine learning*) (...) predecir, de manera más objetiva, imparcial y homogénea la probabilidad de continuidad de la actividad criminal de individuos que son imputados por la presunta comisión de un delito”²⁰. De manera que, con base en características del individuo, del evento, delitos, medidas y

17 La información presentada sobre o en este documento fue encontrada, por una parte, en la presentación general que se hizo de la herramienta, y por otra, en la respuesta dada por la Fiscalía General de la Nación de un Derecho de Petición interpuesto en el que se solicitó información al respecto.

18 Fiscalía General de la Nación, *Herramienta PRISMA*, 12.

19 *Ibid.*, 5.

20 Dirección de Políticas Públicas y Estrategia. Fiscalía General de la Nación. *Herramienta PRISMA: Perfil de Riesgo de Reincidencia para la Solicitud de Medidas de Aseguramiento*. (2019), 2.

capturas previas, se obtiene la probabilidad de reincidencia general y la probabilidad de que vuelva a cometer un crimen con motivación económica, un crimen violento u otro tipo de delito²¹.

Finalmente, con PRISMA se espera uno de los siguientes resultados: disminuir la reincidencia o disminuir la cantidad de personas con detención preventiva al año. Cabe resaltar que estos resultados no son compatibles el uno con el otro, se debe elegir uno. Al mantener el mismo número de personas que reciben una detención preventiva en establecimiento de reclusión; es decir, 24 mil por año, se espera reducir la reincidencia en un 25% en cualquier delito, en un 45% en crímenes a la propiedad, en un 21% en crímenes violentos y en un 22% en crímenes relacionados con estupefacientes, concierto para delinquir y porte de armas²². Por el contrario, si se mantiene el mismo nivel de reincidencia criminal se reduce entre el 31% y 52% de personas con detención preventiva. Por último, se espera que el modelo sea utilizado “al 100% (...) para solicitar y otorgar medidas de aseguramiento”²³ y que con este se obtengan tanto beneficios jurídicos como económicos.

1.2 FICCIÓN

El informe de la minoría es un cuento del escritor estadounidense Philip K. Dick en el que se narra la historia de John A. Anderton, jefe y creador del precrimen, un sistema bajo el cual las personas no son detenidas por las acciones ilegales que efectivamente hayan cometido, sino por la posibilidad de que las lleven a cabo. En palabras de Anderton: “en nuestra sociedad no tenemos grandes crímenes (...) pero tenemos todo un campo de detención lleno de criminales en potencia”²⁴. Esto lo han logrado gracias a una tecnología que realiza predicciones sobre las conductas punibles que los sujetos cometerían. Funciona a través de tres personas que, gracias a unas malformaciones genéticas, pueden predecir el futuro y cuando son conectadas a un computador, este último arroja una pequeña tarjeta en la que dice el nombre del futuro infractor y su crimen. Todo el sistema penal ha sufrido una gran transformación, pues, se eliminó “con éxito el sistema punitivo post-criminal de cárceles y multas”²⁵ para hacer más eficiente el control de la criminalidad.

En este sistema los sujetos no cuentan con un proceso penal mediante el cual puedan probar su inocencia: la simple predicción basta para que sean condenados. Lo anterior, aunque parece poco ortodoxo, se considera la única forma de garantizar la seguridad de manera eficiente. Se anula la

21 Fiscalía General de la Nación, *Herramienta PRISMA*, 19-21.

22 Fiscalía General de la Nación, *Herramienta PRISMA*, 50.

23 Ibid., 52.

24 Philip K Dick, *El informe de la minoría* (Ebook, 1956), 4.

25 Ibid., 3.

fuente de peligro antes de que sea capaz de cometer el delito, sin importar que al momento de la condena el acusado es en efecto inocente:

Les detuvimos antes de que pudieran cometer cualquier acto de violencia. Así, la comisión del crimen por sí mismo es absolutamente una cuestión metafísica. Nosotros afirmamos que son culpables. Y ellos, a su vez, afirman constantemente que son inocentes. Y en cierto sentido, son inocentes²⁶.

El sistema parece funcionar muy bien, pues en 5 años no han tenido un solo homicidio, demostrando que, aunque sus métodos son cuestionables los resultados son los esperados.

El cuento inicia cuando Anderton descubre que el sistema de precrimen lo acusa de un futuro asesinato. Gracias a que Anderton es el jefe y creador del sistema tiene tiempo para tomar la tarjeta con su nombre y huir. Con todo, no transcurre mucho tiempo antes de que se descubra que Anderton ha sido sentenciado y se inicie una persecución a su nombre. Anderton es una amenaza, y por ello es necesario neutralizarlo antes de que sea demasiado tarde. El ex jefe del sistema, que antes había sido el verdugo, se convierte en un acusado e instantáneamente en un condenado, él ya no es un individuo de una sociedad con derechos, sino una fuente de peligro y esta condición es inherente a él.

Por otro lado, y casi treinta y cinco años antes, fue publicado póstumamente *El proceso* de Franz Kafka. Esta novela cuenta la historia de Josef K, un trabajador de un banco que vive muy cómodamente hasta que un día al despertar se entera que hay un proceso penal en su contra. Sin embargo, la acusación la desconoce desde el inicio e incluso más allá del final. K, sin muchas más opciones, queda sumergido en un proceso penal que irá consumiendo su vida poco a poco. A medida que la narración transcurre, el protagonista es conducido como una marioneta de un lado a otro buscando la forma de llegar al final del proceso y a la absolución de la pena.

Kafka ofrece un relato crudo del poder desmedido del Estado. Muestra un sistema penal inquisitivo en el cual el acusado es castigado a través del mismo proceso, sin que exista una sentencia que lo condene; donde el secreto y la arbitrariedad predominan, y así los sujetos quedan sometidos a la voluntad de personas que ni siquiera llegan a ver en algún momento; y, además, el mismo ente que acusa —y que está casi completamente seguro de su culpabilidad— es el que lo juzga. A simple vista es un sistema diseñado para que el individuo pierda y no pueda defenderse de ninguna forma.

Estas dos obras literarias hablan del sistema penal y del crimen desde perspectivas muy distintas.

26 Ibid., 4.

Kafka utiliza un relato naturalista en el cual se retrata lo más vulgar del sistema penal de su época. Es una crítica que no solo habla del absurdo de la burocracia o del abuso del poder, sino que también describe el aire nauseabundo que debe respirar K cuando se encuentra en los juzgados, las salas llenas de ruido, la humedad y el calor, y todo aquello a lo que su cuerpo es sometido durante el proceso. Philip K. Dick recurre en cambio a la ciencia ficción para poner en evidencia los problemas que trae el exceso de confianza en la tecnología y cómo su uso puede ser problemático.

Es cierto que actualmente no se cuenta con la posibilidad de predecir con exactitud futuros crímenes y que dentro de un proceso penal quien es acusado tiene el derecho como mínimo a conocer los cargos que le son imputados²⁷. Entonces, si la realidad está tan lejana de la narración en estas obras literarias, ¿cómo la Literatura puede llegar a ser un insumo para analizar problemas jurídicos relacionados con el derecho al debido proceso y la configuración del Estado?

Dentro de la corriente de estudio de Derecho y Literatura existe una rama que investiga acerca del Derecho *en* la Literatura. Como su nombre deja sospechar, su objetivo es analizar textos literarios que desarrollan temas transversales a ambas disciplinas, como: la justicia, la culpa, el castigo, el control social, entre otros. Así pues, es una conexión que permite ir más allá de la lógica cientificista del Derecho para dirigirse a una mirada humanista a través de la Literatura, pues permite de una manera diferente, “acercarse a los fenómenos jurídicos cuyas fibras más finas están tejidas, nada menos que con las complejidades que constituyen al ser humano”²⁸.

Esto abre una doble posibilidad. Por un lado, invita a reflexionar profundamente acerca de los derechos, la humanidad y sobre las necesarias tensiones que rodean estas dos ideas²⁹. Y por el otro lado, ofrece una forma de leer e interpretar distinta a la técnica jurídica. Luego, ¿qué significa aproximarnos a los problemas del Derecho desde la Literatura? Significa no entenderlo cómo una verdad absoluta, y en este orden de ideas, sospechar de él³⁰, desconfiar de sus principios rectores o de su aplicabilidad, así como se desconfía de las buenas intenciones del abogado de K o de la fiabilidad del precrimen.

Leer el Derecho en la Literatura ofrece la oportunidad de humanizarlo y profundizar acerca de las consecuencias particulares que tiene sobre los individuos, pero sobre todo da la posibilidad de cuestionar sus estructuras. Es así como a través de una obra literaria se puede develar el lado irracional

27 Código de Procedimiento Penal (CPP). Ley 906 de 2004. Septiembre 1 de 2004 (Colombia), art. 8.

28 Aleida Hernández Cervantes, *Derecho y literatura: una alianza que subvierte el orden*, (México DF: Bonilla Artigas Editores, 2017), 15.

29 Ian Ward, *Literature and Human Rights: Interdisciplinary Reflections on the Law, the Language and the Limitations of Human Rights Discourse Introduction* (Berlin: De Gruyter, 2015), 2.

30 Peter Brooks, “Literature as Law’s Other”. *Yale Journal of Law & the Humanities* 22 (2010): 350.

y contradictorio que el derecho constantemente trata de ocultar³¹. De hecho:

La literatura puede salvar al derecho de sí mismo al recordarme su humanidad perdida, infundirle lo humano implica otorgarle una nueva realidad. Al mismo tiempo, al hablarle con la verdad al poder, la literatura puede al menos hacer algo real ³².

Por lo tanto, se puede aprovechar la narrativa de Kafka y Dick para entender conflictos sociales relacionados con el poder, el Estado, el Derecho y que hoy en día siguen estando vigentes en nuestra sociedad.

De ahí que, partiendo de la base teórica del Derecho y la Literatura, el presente documento busca realizar una lectura de la herramienta PRISMA por medio de la Literatura. Pues así se puede entender la estructura que sostiene la creación de este sistema informático y cómo este se enmarca en unas relaciones de poder que vulneran los principios de un Estado Social de Derecho. Por tanto, a pesar de que el discurso que rodea a este programa de Inteligencia Artificial parece responder a la necesidad de seguridad y a los derechos humanos, ya que reduce, por ejemplo, el hacinamiento en las cárceles colombianas o la arbitrariedad del juez. En realidad, PRISMA puede vulnerar los derechos de los acusados, puesto que, utiliza la noción de control de la criminalidad eficiente para limitar el debido proceso, lo cual se enmarca en un Estado Penal.

2. EL DEBIDO PROCESO Y LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

La Inteligencia Artificial es usada por la Fiscalía de Colombia para optimizar procesos, encaminar mejor los recursos y evitar cometer errores al momento de solicitar una detención preventiva. Así, con la implementación de PRISMA se busca obtener uno de dos posibles resultados: reducir el hacinamiento en las cárceles³³, al disminuir el número de personas con detención preventiva intramural en un 36% al año, o por el contrario, reducir en un 25% los delitos cometidos por reincidentes³⁴. En principio, cualquiera de estos dos objetivos responde al interés general. Sin embargo, antes de afirmar que PRISMA funciona bajo la lógica de un Estado Social de Derecho se requiere analizar los posibles

31 Aleida Hernández Cervantes, *Derecho y literatura*, 17.

32 Julie Stone Peters, "Law, Literature, and the Vanishing Real: On the Future of an Interdisciplinary Illusion". *Modern Language Association* 120, No. 2 (2005): 445. [traducción propia].

33 La situación carcelaria en Colombia genera una grave vulneración de derechos, tanto así que la Corte Constitucional ha declarado en tres ocasiones un Estado de cosas inconstitucional a través de las Sentencias de la Corte Constitucional: T-153 de 1998; T-388 de 2013 y T-762 de 2015. Dentro de las razones se encuentra la problemática del hacinamiento presente desde los años 90s y que para el 2020 el índice de sobrepoblación fue del 54,9%, según el Centro Estratégico de Información Penitenciaria del Inpec.

34 Fiscalía General de la Nación, *Herramienta PRISMA*, 7.

impactos que puede tener sobre sujetos particulares.

En este sentido, el derecho fundamental al debido proceso³⁵ se ha entendido como un pilar del Estado Social de Derecho, pues busca proteger la libertad de los individuos y hacer un contrapeso al poder del Estado³⁶. Este derecho, además, implica el necesario cumplimiento de una “serie de garantías que tienen por fin sujetar las actuaciones de las autoridades judiciales y administrativas a reglas específicas de orden sustantivo y procedimental”³⁷. Por esta razón, si bien cuando una persona se enfrenta a un proceso penal algunos derechos son limitados o restringidos, el debido proceso es intocable³⁸, y, por tanto, no debería ser vulnerado bajo ningún escenario por PRISMA.

Algunas de las garantías especiales del debido proceso son: i) el juez natural, que es el derecho a ser juzgado por el juez legalmente competente, cuya decisión debe ser independiente, imparcial y estar sometido solamente al imperio de la ley; ii) el derecho a la defensa, que se entiende como la posibilidad de utilizar todos los medios legítimos y adecuados para ser oído, por lo que, “implica la facultad de pedir y allegar pruebas y controvertir las que se aporten en su contra, formular peticiones y alegaciones e impugnar las decisiones que se adopten”³⁹; iii) y también, la presunción de inocencia, bajo la cual nadie puede ser privado de su libertad sino por una sentencia condenatoria del juez competente.

2.1 ¿CÓMO DEFENDERSE?

Una de las partes más reconocidas de *El proceso* es la parábola del capellán de la cárcel. En esta se cuenta la historia de un hombre que un día se acerca a las puertas de la Ley con la intención de adentrarse en ella. El final es intrigante, el hombre muere sin poder entrar y en su último aliento descubre que esa puerta estaba hecha únicamente para él. Así, al lector le queda la sensación de que no es una puerta lo que separa al hombre de la Ley, es todo un abismo. Este abismo es también evidente en *El informe de la minoría*, pues aunque los individuos están totalmente a merced del sistema punitivo, no tienen un real acceso a él. No tienen la posibilidad de entender su funcionamiento, de controvertir sus decisiones, ni siquiera de ponerlo en duda. Solo deben recibir la sentencia y acogerse a ella. La Ley en estas dos obras es algo distante, desconocido e inentendible para los sujetos, nada pueden hacer contra ella más

35 Constitución Política de Colombia [Const.]. Julio 7 de 1991 (Colombia). Art. 29.

36 Corte Constitucional. Sentencia C-496 de 2019. (MP. Antonio José Lizarazo: 22 de octubre de 2019).

37 Corte Constitucional. Sentencia T-458 de 1994. (MP. Jorge Arango Mejía: 24 de octubre de 1994).

38 Norberto Hernández Jimenez, “Capítulo IV. Incompatibilidad de la detención preventiva con la presunción de inocencia en Colombia”, en: *Los riesgos del punitivismo, presunción de inocencia e indignidad carcelaria en Colombia*. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019), 161.

39 Corte Constitucional. Sentencia C-496 de 2015. (MP. Jorge Ignacio Pretelt: 5 de agosto de 2015).

que someterse a su voluntad. La posibilidad de defensa es nula y la potestad punitiva del Estado es absoluta.

Estas obras de ficción llevan a reflexionar sobre el valor que tiene, en el sistema penal colombiano, la posibilidad de defenderse contra el poder del Estado y cómo PRISMA puede tener un impacto sobre esta prerrogativa. Ahora, en el sistema penal existe el derecho a la defensa, el cual busca que haya igualdad, en la medida de lo posible, entre el acusador y el acusado. Bajo esta premisa, el imputado tiene el derecho a “conocer los cargos que le sean imputados, expresados en términos que sean comprensibles, con indicación expresa de las circunstancias conocidas de modo, tiempo y lugar que los fundamentan”⁴⁰; de ahí la importancia de ser oído y tener la posibilidad de recibir una decisión favorable; a formular peticiones y alegaciones e impugnar las decisiones que se adopten; a realizar una efectiva defensa judicial con la asistencia de un abogado⁴¹; y además, a que los procedimientos sean de carácter público⁴².

Teniendo lo anterior en cuenta, es importante preguntar si con la implementación de PRISMA se podrán garantizar las posibilidades de defensa del acusado al momento de decretar una detención preventiva. Actualmente, el código de PRISMA no es público, esto significa que las personas no tienen la posibilidad de saber cuál es el proceso mediante el cual la Fiscalía General de la Nación está llegando a la decisión. Esta falta de transparencia dificulta la defensa pues no es posible controvertir la acusación de reincidencia si no es claro cómo se llegó a esa conclusión. Si bien es cierto que la Fiscalía ha presentado cuáles son los criterios usados, es decir, los *input*, en realidad no se conoce cómo esa información se convierte en el *output* presentado. No se sabe cuál es el algoritmo, es decir el proceso mediante el cual se llega a un resultado. No obstante, el problema va más allá del posible acceso a la información, pues aún si la Fiscalía dejara el código libre no todas las personas tendrían la capacidad de leerlo, pues, existe una ignorancia epistémica sobre el funcionamiento de los modelos.

No tener acceso al código bien sea material o epistémicamente puede generar una gran desproporción entre quien acusa y el acusado⁴³. Programas como PRISMA pueden hacer que “los acusados no tengan oportunidad de desafiar la evidencia contra ellos, a menos que se le dé acceso al algoritmo y a la lógica detrás de sus resultados”⁴⁴. Ahora, tener acceso al código, para poder defenderse de él, no significa únicamente que este sea público y cualquiera pueda leerlo, sino poder entenderlo a profundidad. Lo

40 Código de Procedimiento Penal (CPP). Ley 906 de 2004. Septiembre 1 de 2004 (Colombia), art. 8.

41 Corte Constitucional, C-496 de 2015.

42 Corte Constitucional. Sentencia T-258 de 2007. (MP. Clara Inés Vargas: 12 de abril de 2007).

43 Ugo Pagallo y Serena Quattrocchio, “The impact of AI on criminal law, and its twofold procedures”, en: *Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence*, (Edward Elgar Publishing, 2018), 395.

44 Ibid., 396. [traducción propia].

cual lleva a otro problema: aún si todas las personas conocieran el lenguaje del código, esto no sería suficiente para que hubiera total transparencia, pues estos sistemas pueden llegar a funcionar como cajas negras.

Maxi Scherer, en su texto “Artificial Intelligence and Legal Decision-Making: The Wide Open? Study on the Example of International Arbitration”, expone una serie de problemas en la toma de decisiones judiciales por parte de programas de Inteligencia Artificial. La autora asemeja estos programas con cajas negras por las dificultades que existen para determinar cómo llegó a un *output* específico. Incluso habla de una inhabilidad para explicar el resultado obtenido de un programa construido con IA⁴⁵. Este problema se intensifica cuando se trata de un sistema basado en *machine learning*, como PRISMA, pues,

Puede resultar difícil identificar los factores reales que determinan una predicción en los casos de los modelos que funcionan como cajas negras. (...) [I]ncluso, si ciertos factores son identificables, como causas de una predicción, estos no necesariamente podrían dar explicación útil⁴⁶.

Esta posición es también reconocida por Jef Seibert y Cathy O’neil, quienes plantean que incluso los creadores de los programas informáticos basados en *machine learning* no terminan de entender por completo cómo el sistema llega al resultado que se le ha pedido⁴⁷. Por ende, el uso de esta herramienta hace que los acusados no tengan acceso a la forma cómo se están tomando decisiones, impidiendo así que puedan defenderse.

Cuando se dice que una persona será reincidente y que por esto se debe declarar una detención preventiva, se esperaría que, para defenderse, como mínimo se explique a profundidad de dónde viene esta conclusión. La Fiscalía no puede únicamente argumentar que ese fue el resultado arrojado por un programa, debería exponer detalladamente y a cabalidad cómo se llegó a ese resultado, lo cual, como ya se vio, no es del todo posible, ni siquiera para el creador del programa. Sin que se haga esta explicación las personas difícilmente podrán argumentar satisfactoriamente que el programa ha cometido un error y su predicción fue errada. De esta forma se genera una gran desproporción, pues el imputado carece de argumentos contra PRISMA, y , además, no es de sorprender que los jueces tiendan a creer en mayor medida en un programa fundamentado en datos, estadística y predicciones,

45 Maxi Scherer, “Artificial Intelligence and Legal Decision-Making: The Wide Open? Study on the Example of International Arbitration”. *Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper* No. 318 (2019): 22.

46 *Ibid.*, 23. [traducción propia]

47 Jeff Orlowski (director) y Larissa Rhodes (productora), *The Social Dilemma* (Netflix, 2020).

que se asegura, tienen un índice de error muy bajo.

En resumen, *El Proceso* es una novela que habla directamente de la violencia y deshumanización dentro de un proceso penal. A lo largo de la narración Josef K queda sometido a un poder invisible y omnipresente, y al igual que el individuo de la parábola nunca tiene acceso a la Ley: no puede defenderse, no es escuchado, solo puede someterse a lo determinado por el tribunal. Aunque de forma diferente, en *El informe de la minoría* pasa algo similar, pues solo importa la predicción hecha por la tecnología, nunca la voz del acusado asegurando que no cometerá un crimen. Por lo cual, preocupa que, con la implementación de PRISMA, como ocurre en estas dos obras literarias, el imputado deje de ser oído por la relevancia que tendrá el programa para decretar una detención preventiva. Lo anterior supondría que la defensa y la posibilidad de recibir una decisión favorable sea vaciada de contenido ante la imposibilidad material de oponerse a lo predicho por PRISMA.

2.2 ¿QUIEN ACUSA Y QUIEN JUZGA?

Para garantizar mayor imparcialidad y objetividad durante el proceso penal, en los sistemas acusatorios quien juzga y quien acusa son organismos independientes. Por esta razón, actualmente la Fiscalía General de la Nación, si bien pertenece a la rama judicial, es administrativa y presupuestalmente autónoma. Sin embargo, esto no siempre fue así. Antes de 1991 el sistema penal tenía un corte más bien inquisitivo en el que se centralizaban “las funciones de acusación y juzgamiento en un mismo funcionario: el juez de la causa”⁴⁸.

Con la Constitución Política de Colombia se creó la Fiscalía General de la Nación como un órgano encargado de acusar e investigar diferente al juez que dictaba la sentencia. No obstante, aún se mantenían las dificultades relacionadas con la imparcialidad, pues, la Fiscalía tenía facultades judiciales⁴⁹, y, por tanto, podía “dictar medidas de aseguramiento como la detención preventiva”⁵⁰. Dados los problemas que representa para la garantía del debido proceso que el encargado de acusar e investigar al imputado sea el mismo en otorgar una detención preventiva, en el 2002 se dio una reforma constitucional que derivó en la Ley 906 de 2004, actual Código del Procedimiento Penal. Así, se dio paso a un sistema, aunque no totalmente acusatorio, sí con una perspectiva más garantista. Entre los cambios realizados

48 Gloria Lucía Bernal, “Las reformas procesales penales en Colombia”. *Revista IUSTA* (2005): 47

49 Mediante el Decreto 2700 de 1991 se creó la Fiscalía General de la Nación y dentro de sus funciones se le da la de dictar medidas de aseguramiento (art. 120).

50 Mauricio García Villegas, Rodrigo Uprimny Yepes y César Rodríguez Garavito, “Funcionamiento del sistema penal mixto de corte inquisitivo (Ley 600 de 2000)” en, *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. (Bogotá: Editorial Norma, 2006), 564.

“se trató de limitar las funciones de la Fiscalía, al asignarle únicamente funciones de acusación”⁵¹.

De ahí que, se podría decir que el sistema penal en Colombia se ha venido transformando para ofrecer mayores garantías a los acusados, y la independencia que existe hoy en día entre los fiscales y jueces es una expresión de esto. Por consiguiente, es fundamental preguntarse por el rol que puede llegar a tener PRISMA con respecto a la división entre estas funciones. Ahora, no se pretende afirmar que el *output* de PRISMA será una sentencia condenatoria, pues en teoría aún el juez deberá evaluar la pertinencia de la detención preventiva más allá de la predicción. Se supone que el sistema seguirá funcionando bajo el presupuesto de que el órgano acusador (PRISMA a través de la Fiscalía) presenta ante el juez (órgano que juzga) las pruebas y argumentos, y el juez en su total independencia y de manera imparcial decidirá si es conveniente o no.

Con todo, ¿por qué un juez se apartaría de lo expresado por un programa que en teoría es objetivo, y que, además, se ha demostrado que elimina la posibilidad de error a la hora de dictar una detención preventiva? Maria Dymitruk, en su texto “Ethical Artificial Intelligence in Judiciary”, plantea que en la actualidad los programas relacionados con la toma de decisiones judiciales se pueden dividir en dos grupos, los primeros, son sistemas que pueden reemplazar a un juez pues se automatiza por completo el proceso de toma de decisiones y los segundos, son aquellos que buscan apoyar en la toma de decisiones al sugerir una solución al problema y son conocidos como *judicial decision support systems*, en adelante “JDSS”. Dentro de este segundo grupo se encuentra PRISMA, pues lo que este programa busca es que se tome una mejor decisión sobre la detención preventiva, bien sea por parte de quien la propone (Fiscalía) o quien la decreta (Juez de Control de Garantías). En teoría parece que estos dos sistemas son muy diferentes, empero, según Dymitruk, “resulta que usar IA solamente en los programas de JDSS tiene los mismos resultados que una automatización completa de los procesos judiciales”, por lo que pensar que en los JDSS la decisión sigue estando en manos del juez puede ser un error⁵².

Para complementar esta idea, Dymitruk narra un experimento psicológico en el cual se buscaba entender cómo los abogados responden a la IA dentro de un proceso judicial. Los resultados fueron, primero, las personas tenían una confianza excesiva en el sistema informático por lo que en la mayoría de los casos seguían sus consejos, aunque se llegara a resultados equivocados, y segundo, cuando eran aconsejados tanto por un sistema como por un ser humano, tendían a preferir la posición del programa, incluso cuando el consejo era prácticamente el mismo⁵³. La conclusión que presenta la

51 Ibid., 564.

52 Maria Dymitruk, “Ethical artificial intelligence in judiciary”. Conference: 22nd International Legal Informatics Symposium. (Salzburg: Austria, 2019), 2. [traducción propia].

53 Ibid., 3.

autora es que estos programas pueden reducir el esfuerzo en la toma de decisiones lo que empeora las decisiones tomadas en un proceso judicial por parte de un juez. Así, a pesar de que se trate de un programa JDSS, y que en teoría el juez es quien emite la sentencia, materialmente se trata de un proceso automático en el que el juez solo avala la decisión ya tomada por la IA⁵⁴. Entonces, ¿qué sucede cuando las herramientas predictivas afectan la autonomía de los jueces para tomar decisiones?⁵⁵ En el caso particular de PRISMA lo que ocurre es que el límite entre quien acusa y quien juzga se difumina. Esto no solo responde a un sistema inquisitivo, sino que puede ser un reflejo de la narrativa de las obras *El proceso* y *el Informe de la Minoría*, en los cuales la sentencia ya estaba inscrita en la acusación. En la novela de Kafka se expresa que: “no se formulan acusaciones a la ligera y en cuanto el tribunal hace una acusación está firmemente convencido de la culpa del acusado y solo a duras penas puede disuadirlo de esta convicción”⁵⁶. Por su parte, en el cuento de Dick se puede observar que en la misma tarjeta donde sale la predicción del crimen está la orden de arresto y la sentencia, pues solo con ella es suficiente para que el acusado sea detenido y condenado.

Las personas tienden a interpretar que el sistema informático es más objetivo y por tanto a creer en él. Sin embargo, si se declara una detención preventiva basada únicamente en el resultado de un programa de Inteligencia Artificial, quién en últimas tomó la decisión no fue el juez, fue PRISMA en su calidad de acusador. Si bien formalmente el *output* de PRISMA no es una decisión judicial, ¿materialmente lo será?

A esto se debe sumar el hecho de que actualmente, aunque la probabilidad y estadística pueden ser tenidas en cuenta para tomar una decisión, no son fuentes de Derecho. Con la implementación de PRISMA, no solo el órgano acusador a través de la IA estaría tomando una decisión sobre la libertad de una persona al imponer una detención preventiva, sino que lo estaría haciendo basado en una predicción matemática, no en la Ley. Esto vulnera el principio del juez natural según el cual quien toma la decisión es el órgano competente y lo hace de manera imparcial y conforme a Derecho.

2.3 ¿INOCENTES O PELIGROSOS?

La presunción de inocencia se ha entendido a lo largo de la historia como uno de los derechos más importantes con los que puede contar un individuo⁵⁷, pues es una institución que lo resguarda de

54 Ibid., 3.

55 Sadhu Singh y Jaspal Kaur. “Ethical questions, risks of using AI in ‘predictive justice’”. *New Straits Time*, 15 de febrero de 2020.

56 Franz Kafka, *El proceso*. (Bogotá: Grupo Editorial Norma, 2008), 164.

57 Norberto Hernández Jimenez, *Capítulo IV. Incompatibilidad*, 166.

posibles arbitrariedades por parte del Estado y de un uso abusivo de la potestad punitiva⁵⁸. Así pues, se encuentra dentro de los principios rectores y garantías del proceso penal y está consagrada en la Constitución Política de 1991: “Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable”⁵⁹. y, además, es desarrollada en el Código de Procedimiento Penal como un principio rector del proceso penal⁶⁰.

Este derecho en las obras literarias estudiadas es claramente vulnerado. En *El proceso K* es considerado culpable desde antes de que se inicie su proceso, pues como ya se dijo anteriormente “no se formulan acusaciones a la ligera y en cuanto el tribunal hace una acusación está firmemente convencido de la culpa del acusado”⁶¹. Esta seguridad sobre su culpabilidad además se ve reflejada cuando se le explica que el tribunal es impenetrable ante los argumentos relacionados con la inocencia de un acusado⁶²; que en realidad no se conoce un caso en el que alguien haya sido absuelto por considerarse que era inocente⁶³; y que además las únicas soluciones para evitar la condena son la absolución aparente o el aplazamiento, las cuales mantendrán al imputado en un proceso eterno siendo considerado culpable por el resto de su vida, pero sin recibir el castigo dictado a través de una sentencia.

Por su parte, en *El informe de la minoría* la presunción de inocencia no existe bajo ninguna circunstancia, pues, el sistema penal funciona a través de la detención preventiva como regla general. De ahí que, si bien las personas condenadas son inocentes, también son criminales en potencia que deben ser neutralizados. Es más, todo el sistema funciona porque captura personas inocentes, pues si alguien llegara a cometer el crimen todo el sistema perdería su fundamento. Así, la condena en este cuento termina funcionando como un castigo preventivo. El precrimen no puede garantizar la presunción de inocencia, pues si lo hiciera su mecanismo de control social quedaría obsoleto.

Ahora bien, dada la relevancia que tiene para el ordenamiento jurídico, la Corte Constitucional ha declarado que la presunción de inocencia es un derecho fundamental que debe ser garantizado durante la totalidad del proceso, incluso cuando se dictan medidas de aseguramiento⁶⁴. Es por esto que la detención preventiva debe estar sujeta al cumplimiento estricto de los requisitos expuestos en la Ley, debe ser utilizada de manera excepcional y tiene límites⁶⁵. No obstante, PRISMA puede estar

58 Corte Constitucional. Sentencia C-121 de 2012. (MP. Luis Ernesto Vargas: 22 de febrero de 2012).

59 Constitución Política de Colombia [Const]. Julio 7 de 1991(Colombia). Art. 29.

60 Código de Procedimiento Penal (CPP). Ley 906 de 2004. Septiembre 1 de 2004 (Colombia). Art. 7.

61 Kafka, *El proceso*, 164.

62 *Ibid.*, 165.

63 *Ibid.*, 165.

64 Corte Constitucional. Sentencia C-774 de 2001. (MP. Rodrigo Escobar: 25 de julio de 2001).

65 Corte Constitucional. Sentencia C-469 de 2016. (MP. Luis Ernesto Vargas: 31 de agosto de 2016).

vulnerando este derecho pues, primero, dentro de los *inputs* que utiliza para determinar la posibilidad de reincidencia de la persona están las capturas y medidas de aseguramiento anteriores, con lo cual, atenta contra “la prohibición constitucional de considerar como antecedentes penales un acto distinto a la sentencia condenatoria en firme”⁶⁶. Y segundo, si un sujeto recibe una detención preventiva a raíz del *output* del programa, se le priva de su libertad por un posible delito que cometerá en el futuro, por lo tanto, la detención preventiva perderá su carácter cautelar para volverse una medida sancionatoria⁶⁷.

Con respecto al problema de los *inputs*, hay que tener en cuenta que la detención preventiva necesita del cumplimiento de alguno de los siguientes supuestos: la medida de aseguramiento debe ser necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia; el imputado debe ser considerado un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima; o, debe ser probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia⁶⁸. Una vez cumplido alguno de estos requisitos, la detención preventiva procede bajo unos casos específicos, dentro de los cuales está que “la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso de los tres años anteriores, contados a partir de la nueva captura o imputación”⁶⁹. Bajo este supuesto hay una conexión entre la peligrosidad de las personas y sus capturas previas, pues la razón de la privación de la libertad preventiva será la posible continuación de la conducta delictiva⁷⁰.

Sin embargo, para la Corte Constitucional el hecho de que una persona sea acusada no es mérito suficiente para que sea considerada como un peligro para la sociedad⁷¹. Lo cual genera un problema con respecto a PRISMA, dado que gran parte de sus *inputs* se basan en la acusación. Es decir, si se analizan las medidas de aseguramiento y capturas previas no se está viendo si el sujeto fue en realidad culpable de un delito, sino si fue acusado, pues decretar una captura o una medida de aseguramiento son decisiones cautelares relacionadas con el proceso y no sustanciales. Lo anterior genera una tensión difícil de resolver, pues, por un lado, las acusaciones previas sí pueden dar paso a una detención preventiva para evitar que el sujeto obstruya la justicia y ponga en peligro a la sociedad; más no pueden ser la razón por la cual la persona sea considerada un peligro para la sociedad.

Esta contradicción fue resuelta por la Corte Constitucional en la Sentencia C-567 de 2019 y reiteradamente en la Sentencia C-128 de 2020, en las que se analiza la constitucionalidad del artículo

66 Corte Constitucional. Sentencia C-121 de 2012. (MP. Luis Ernesto Vargas: 22 de febrero de 2012).

67 Ibid.

68 Código de Procedimiento Penal (CPP). Ley 906 de 2004. Septiembre 1 de 2004 (Colombia).Art. 308.

69 Ibid., art.311. énfasis.

70 Ibid., art.310 2.

71 Corte Constitucional, C-121 de 2012.

313 del Código de Procedimiento Penal. Esta Corte expuso que, bajo el supuesto de reincidencia no es constitucional suponer que “la libertad del capturado representa peligro futuro para la sociedad”, ya que se desconoce el principio de culpabilidad por el acto⁷². A pesar de ello, usar las capturas previas como indicio para decretar la detención preventiva es exequible condicionalmente, bajo el supuesto de que este no será el elemento rector para declarar la detención preventiva, sino que se deberá cumplir también con la posibilidad de que se obstruya la justicia o no se comparezca al proceso⁷³. El problema es que esta regla jurídica no es aplicada en PRISMA, pues los *inputs* del programa están relacionados con las acusaciones previas y no con los demás supuestos de la norma.

Hay que tener en cuenta que PRISMA no entenderá los problemas jurídicos y las tensiones que existen, sino que evaluará la peligrosidad de un sujeto con base en los criterios asignados⁷⁴. El programa no reflexionará si hay una vulneración a la presunción de inocencia para así cumplir con la exequibilidad condicionada declarada en las sentencias C-569 de 2019 y la C-128 de 2020. Entonces, si bien la reincidencia es un elemento que puede ser evaluado al momento de solicitar y otorgar una detención preventiva, debe ser estudiada con detenimiento por parte de los Jueces de Control de Garantías, pues, si la reincidencia termina siendo el elemento rector en la toma de la decisión no solo se viola lo dispuesto por la Corte Constitucional afectando la presunción de inocencia, además, se afecta la naturaleza cautelar de las medidas de aseguramiento.

Por su parte, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ha expresado que la reincidencia no debe ser una razón para decretar una detención preventiva, pues las medidas de aseguramiento deben darse para proteger cuestiones procedimentales⁷⁵. Según la CIDH, algunos países han ampliado la capacidad cautelar de la detención preventiva por medio de fórmulas “diversas a las tradicionales o cautelares, que responden a criterios más bien punitivos o peligrosistas, como el peligro de reincidencia”⁷⁶, lo cual es sumamente problemático. A pesar de ello, la Comisión determinó que la reincidencia puede ser analizada como un elemento más para declarar la prisión preventiva, pero en “ningún caso debería utilizarse como criterio rector de su aplicación”⁷⁷.

Si bien la CIDH y la Corte Constitucional han aceptado la reincidencia como un elemento de análisis al declarar la detención preventiva, ambas corporaciones han planteado que su uso debe estar mediado

72 Código de Procedimiento Penal (CPP). Ley 906 de 2004. Septiembre 1 de 2004 (Colombia). Art. 313 2.

73 Corte Constitucional. Sentencia C-567 de 2019. (MP. Alberto Rojas Ríos: 27 de noviembre de 2019).

74 Características del individuo, del evento, delitos, medidas y capturas previas.

75 Norberto Hernández Jimenez, *Capítulo IV. Incompatibilidad*, 158.

76 CIDH. Informe Sobre El Uso De La Prisión Preventiva En Las Américas. (Doc. 46/13, 2013), parr. 88.

77 CIDH, *Informe Sobre El Uso De La Prisión Preventiva En Las Américas*, parr 157.

por un estudio sustancial que reduzca la posibilidad de vulneración del derecho al debido proceso y a la presunción de inocencia. Sin embargo, es preocupante que con la implementación de PRISMA la reincidencia se convierta en el único elemento de análisis, haciendo que las medidas de aseguramiento dejen de usarse para proteger el ejercicio de la justicia, y sean el resultado de un juicio sustancial sobre la potencialidad de una persona de cometer crímenes.

En resumen, en PRISMA se presentan varias características de un sistema penal en el cual la potestad punitiva es desproporcionada. Esto puede significar que los sujetos se encuentren a merced del Estado sin posibilidades reales de defensa; en las que el ente acusador, que está seguro de la culpabilidad del imputado, termine juzgando; y finalmente, que la presunción de inocencia se vulnere cuando la detención preventiva sea únicamente el resultado de un juicio sustancial sobre la peligrosidad de un sujeto. Por ello, es alarmante la posibilidad de que gracias a PRISMA el acusado ya no sea visto como un ciudadano al cual debe garantizarse a cabalidad el debido proceso, sino como una amenaza que debe ser contenida de manera eficiente. Lo anterior como un reflejo de las tensiones discursivas que han rodeado el derecho penal: ciudadano/enemigo; derechos fundamentales/control de la criminalidad eficiente; Estado Social de Derecho/Estado Penal.

3. RIESGO DE REINCIDENCIA: DISCURSOS PARA CONTENER LA AMENAZA

Para Platón el arte, incluyendo la Literatura, es una imitación de la realidad que se distancia de la verdad y apela al lado irracional del ser humano⁷⁸. A diferencia de esta postura clásica, para pensadores del siglo XX la Literatura no es una copia de la realidad, sino una representación, y en este sentido, presenta una imagen *totalizante*⁷⁹ de las tensiones de un momento histórico determinado. De manera que se requiere de la determinación social para aproximarse al arte, es decir, no es posible entenderlo si no se tiene en cuenta el medio social. Entonces, el arte expresa lo que sucede en la sociedad, pues las personas se encuentran determinadas por un medio social específico⁸⁰.

Así como se necesita del contexto para entender el arte, también el arte puede ayudar a entender las colisiones sociales que se están generando en determinado momento histórico. En este apartado del documento se espera mostrar a través de la Literatura las tensiones discursivas que están presentes en la construcción de PRISMA: ciudadano/enemigo, derechos fundamentales/control de la criminalidad

78 Platón, *La República*. (Madrid: Alianza Editorial, 1988), 603a.

79 La imagen totalizante en la obra literaria da cuenta de una realidad sin buscar imitarla por completo. Es decir, en la narración se capta lo esencial y primordial para configurar una representación que exponga un contexto social a través de un sujeto inmerso en un momento histórico.

80 Lev Trotsky, "La escuela poética formalista y el marxismo" en *Teorías Literarias del Siglo XX*. 1era. Ed. Compilado por Jose Manuel Cuestas Abad y Julian Juménez Heffernan, 524-539. (Madrid: Akal Ediciones, 2005), 529.

eficiente, Estado Social de Derecho/Estado Penal. Por eso, este capítulo está dirigido a analizar el dispositivo que promueve la construcción de un derecho penal enfocado en neutralizar al sujeto que no es un ciudadano sino una fuente de peligro. Lo anterior, puesto que, PRISMA se enmarca en un discurso que viola el derecho fundamental al debido proceso, en diferentes dimensiones, al convertir la detención preventiva en un mecanismo de control eficiente del riesgo de reincidencia criminal.

3.1 POSITIVISMO CRIMINOLÓGICO Y EL INDIVIDUO COMO AMENAZA

Leer *El proceso* de Kafka genera una sensación de rechazo a esa potestad punitiva absoluta sobre los individuos, aquella que no se justifica más allá de su misma soberanía y poder. Esto ocurre porque según la corriente liberal, aún vigente, el ser humano se somete a la potestad de un Estado para dejar de estar “expuesto constantemente a la incertidumbre y a la amenaza de ser invadido por otros”⁸¹. Así que, conformar una sociedad implica para el hombre someterse a un poder a cambio de recibir una protección a su vida, a sus libertades y a sus posesiones⁸². Esta noción contractualista de tendencia liberal plantea que los hombres son libres y la sociedad se construye cuando voluntariamente se someten a un contrato social. Por consiguiente, la potestad punitiva o *ius puniendi* surge para evitar la ruptura de este contrato social y devolver el orden⁸³.

Bajo estos parámetros, se supone que el poder del Estado tiene límites, pues debe estar restringido por los derechos individuales⁸⁴, el principio de legalidad, proporcionalidad y culpabilidad⁸⁵. Con lo cual, se entiende que la potestad de castigar, en un sistema liberal, no debe ser arbitraria como en *El proceso*. Esto implica además que la potestad punitiva debe estar enfocada en los actos, pues si los hombres son libres y conscientes de sus acciones, el Estado solo puede castigar cuando se comete una acción u omisión que vulnere bienes jurídicos protegidos y nunca puede sancionar a las personas por lo que son: peligrosas, inmorales, enfermas, abyectas, entre otras denominaciones⁸⁶.

81 John Locke, Carlos Mellizo y Peter Laslett, *Segundo Tratado Sobre El Gobierno Civil: Un Ensayo Acerca Del Verdadero Origen, Alcance y Fin Del Gobierno Civil*. (Tecnos, 2006), 123.

82 Ibid., 123.

83 Horacio Nager, *Peligrosidad y Derecho Penal: Influencia Del Positivismo Criminológico En El Derecho Penal Posmoderno*. (Buenos Aires: Ad-Hoc, 2014), 45.

84 Liliana Sánchez, “La construcción del modelo de proceso penal”. En: *Entre el control de la criminalidad y el debido proceso. Una historia del proceso penal colombiano*. (Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2017), 25.

85 Daniel Álvarez Doyle, *La Nueva Peligrosidad Criminal: Medidas de Seguridad Postpenitenciarias Para Delincuentes Imputables: Entre El Presente Problemático de La Legislación Española y El Futuro Inminente de La Legislación Argentina* (Buenos Aires: Editorial B de F, 2019), 6.

86 Hernando Barreto Ardila, “Constitución Política y derecho penal de acto”. *Derecho Penal y Criminología*. No.22 (2001): 80.

A pesar de ello, dentro de esta tendencia liberal surgió el positivismo criminológico que, por medio de la antropología criminal, la sociología criminal y la criminología, impuso el *peligrosismo* como justificación del castigo. Uno de sus principales exponentes fue Cesare Lombroso quien creó la teoría del “delincuente nato”. Según esta teoría, la morfología humana está relacionada con la actividad criminal, así un criminal podía ser descubierto por características físicas como la asimetría del rostro o el labio leporino y psíquicas como la ligereza, la crueldad o la tendencia a tatuarse⁸⁷. Por su parte Enrico Ferri utilizó la antropología criminal y la conectó con condiciones físico-químicas y sociales para determinar qué sujetos podrían llegar a cometer crímenes. Esta corriente tendía a un determinismo en el cual los delincuentes eran considerados como “humanos un salto atrás de la evolución humana”⁸⁸ semejantes a salvajes, y, por tanto, enemigos.

Bajo estas teorías, el foco de la escena penal era el delincuente como fenómeno patológico, es decir, un sujeto que posee una predisposición anatómica al delito⁸⁹. Entonces, se construye bajo un derecho penal de autor en el que los individuos son responsables penalmente cuando son considerados un peligro para la sociedad. Funciona bajo una lógica determinista donde “el sujeto resulta condenado por la naturaleza a sufrir las condenas penales, por obra del destino (...) de modo fatal o inevitable. Por eso, no es relevante que aquel cometa infracciones, sino que tenga la potencialidad de cometerlas”⁹⁰. El positivismo criminológico no tenía la intención de castigar a las personas por sus acciones, sino por lo que eran, por algún rasgo físico o social que ya estaba estigmatizado. Así como lo explica Ferrajoli:

el centro de gravedad del Derecho penal se deslizó del delito al delincuente y se desarrolló (...) un Derecho penal y procesal orgánico, de tipo especial y preventivo, enteramente basado en la peligrosidad y liberado de garantías penales y procesales⁹¹.

Bajo este *peligrosismo* innato se despoja a los sujetos de la categoría de ciudadanos para ser tratados como fuentes de peligro que deben ser neutralizadas⁹², construyéndose una dicotomía en la cual las personas en el proceso penal dejan de ser ciudadanos para convertirse en enemigos.

Durante esta tendencia se crearon las medidas de seguridad, las cuales, a diferencia de la pena, “no están

87 Nager, *Peligrosidad y Derecho Penal*, 50.

88 *Ibid.*, 52.

89 Karina Navone, “Racismo y poder: la intolerancia como herramienta para la reestructuración funcional de los lazos sociales”. *Lecciones y Ensayos* N° 81 (2020): 325

90 Corte Constitucional. Sentencia C-077 de 2006. (MP. Jaime Araujo Rentería: 8 de febrero de 2006).

91 Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. (Valladolid: Trotta, 1995), 508.

92 Eduardo Demetrio Crespo, Del “derecho penal liberal” al “derecho penal del enemigo”. *Nuevo Foro Penal*. No 69, (2006): 68.

destinadas a sancionar la infracción, sino a controlar al individuo, a neutralizar su estado peligroso, a modificar sus disposiciones delictuosas”⁹³. De modo que, el poder punitivo del Estado puede sancionar cuando hay culpabilidad y otorgar una medida de seguridad como prevención ante la peligrosidad⁹⁴. En sí misma la prevención no es un problema y las medidas de aseguramiento son aceptadas en un Estado Social de Derecho. Empero, al detener a una persona solo por el hecho de considerarla un peligro y no por ser culpable o para proteger el desarrollo del proceso; de ahí que, puede incurrir en un derecho penal de autor en el que el acusado no es ciudadano sino un enemigo.

En *El proceso* la simple acusación del poder punitivo era suficiente para castigar, la verdad sobre la culpabilidad de una persona estaba por debajo del poder del tribunal. Con el positivismo el poder no se justifica en sí mismo para condenar, ahora utiliza la *ciencia*. El Estado con un poder absoluto proclama que K es el enemigo del sistema y nadie llega a cuestionarlo. En el positivismo el Estado afirma que alguien es el enemigo y lo argumenta basándose en las características del individuo y en su contexto social. Para determinar la amenaza de un individuo ya no era suficiente que se le acusara como tal, sino que había que medir su grado de peligrosidad. La estrategia de poder entre *El proceso* y el positivismo criminológico cambia, pero su fundamento se mantiene: los sujetos son marginalizados o anulados a través del *ius puniendi*.

3.2 ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y ESTADO PENAL

Con la evolución del Estado al constitucionalismo, se logró que los principios y derechos consagrados en las constituciones fueran una fuente formal y principal del Derecho. Ahora la potestad punitiva debía acogerse a lo dispuesto en la Carta Magna. Asimismo, la lista de derechos se fue ampliando, el Estado no solo tenía la obligación de garantizar la libertad, la igualdad y la seguridad, también, el debido proceso, la presunción de inocencia, la defensa, la dignidad humana, entre otras garantías constitucionales.

Estos derechos y principios se crearon pues la misma coerción del Estado generaba una inseguridad. En la actualidad cuando se piensa en seguridad no se espera únicamente que el Estado proteja de un ataque externo, sino también de sus posibles abusos frente a los ciudadanos en el ejercicio de su poder. Con respecto a esto, la Corte Constitucional ha expresado que:

Hay dos inseguridades en nuestro tiempo: una de ellas nace de la escalada de la delincuencia y el terrorismo, mientras que la otra es generada por un sistema represivo oficial que a

93 Michel Foucault, *Vigilar y Castigar: Nacimiento de La Prisión*. (Siglo Veintiuno Editores, 2009), 14.

94 Álvarez Doyle, *La Nueva Peligrosidad Criminal*, 17.

menudo desconoce gravemente los derechos humanos, limitando o suprimiendo las garantías indispensables para la buena administración de justicia; en ese sentido, han explicado que las protecciones y límites necesarios para asegurar el debido proceso que debe rodear la actividad represiva del Estado, es un componente fundamental de la seguridad de los individuos frente al poder⁹⁵.

Con esto, se supone que esta visión del acusado como fuente de peligro, amenaza, salvaje o enemigo, se eliminó en el Estado Social de Derecho. Pues, en este “debe estar proscrito el *peligrosismo*, tan caro al positivismo penal (...). Porque a una persona no pueden castigarla por lo que posiblemente hará, sino por lo que efectivamente hace”⁹⁶. En este sentido, en teoría, resulta contrario a un Estado como el colombiano usar la detención preventiva como herramienta para controlar la criminalidad pues esto puede generar “una violación inaceptable del estado de inocencia y del principio de culpabilidad. De esta forma, la prisión preventiva devendría, en su aplicación, en un mecanismo de control social impuesto a ‘personas peligrosas’(...)”⁹⁷.

Pese a lo anterior, en el ordenamiento colombiano aún se mantiene el *peligrosismo* como justificante para la intervención del Estado. Tanto en el positivismo como en nuestro Estado Social de Derecho, si un sujeto es considerado como una fuente de peligro, el Estado tiene la capacidad para restringir sus derechos⁹⁸. En consecuencia, ya no se trata de un poder absoluto como en *El proceso*, en el cual el tribunal afirma que alguien debe ser condenado y con esto basta, tampoco se asume como en el positivismo criminológico que hay sujetos que por sus condiciones físicas y psicológicas son más peligrosos. Pero, aún se mantiene la noción de un perfil criminal relacionado con la reincidencia y las condiciones sociales que pueden propiciarla. Esto viene de una noción conocida como Nueva Penología, que según Feeley y Simon se caracteriza por introducir los cálculos de probabilidad en la criminología⁹⁹, así como tecnología y “nuevas técnicas estadísticas para determinar riesgo y predecir peligrosidad”¹⁰⁰. Así pues, con PRISMA la noción de peligrosidad no se elimina, cambia el discurso por medio del cual se ejerce el poder: ya no es antropología o biología, es la ciencia computacional, la ingeniería y la estadística implementada a través de la Inteligencia Artificial la que determina el riesgo de un individuo.

95 Corte Constitucional. Sentencia T-719 de 2003. (MP. Manuel José Cepeda Espinosa: 20 de agosto de 2003).

96 Corte Constitucional. Sentencia C-221 de 1994. (MP. Carlos Gaviria Díaz: 5 de mayo de 1994)

97 Nager, *Peligrosidad y Derecho Penal*, 139.

98 Johan Sebastián Ferreira García, “Vestigios Normativos Del Positivismo Criminológico En Colombia. Análisis Sobre La Vigencia Del Pensamiento De Enrico Ferri”. Tesis pregrado. Universidad Nacional de Colombia. (2014): 16.

99 Malcom Feeley y Jonathan Simon, “La nueva penología: notas acerca de las estrategias emergentes en el sistema penal y sus implicaciones”. *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, 4(6), (1995): 34.

100 Ibid., 42.

En una primera lectura se puede pensar que *El informe de la Minoría* es solo una narrativa de ciencia ficción y que no puede hablar del Derecho o de nuestra realidad. Sin embargo, aunque no se retrata la realidad tal y como es, pues no existe la predicción de los crímenes futuros, sí muestra cómo funciona el discurso de la peligrosidad y el riesgo en el derecho penal. Los elementos de este discurso, a grandes rasgos son dos: la amenaza y la eficiencia necesaria para contenerla. Tanto en el cuento de Dick como en PRISMA, la amenaza es sobre quién se predice cometerá un crimen futuro y la eficiencia se ve en la propuesta de privar de la libertad, o *detener preventivamente*, a personas que aún no son culpables para que no puedan llevar a cabo la conducta típica.

El *peligrosismo* como discurso “se trata de una “guerra preventiva” interna emprendida contra (ciertos) desviados que ocasionan alarma, temor y zozobra a los ciudadanos, que arrasa con los derechos y libertades, sin que esto pareciera importar demasiado”¹⁰¹. Por lo tanto, esta estructura no responde a la noción de un Estado Social de Derecho, en el que sobresale el seguimiento de unos principios constitucionales como el debido proceso. Al contrario, responde a una estructura opuesta conocida como el Estado Penal, en el cual el delincuente es considerado un enemigo o una amenaza que debe ser simplemente neutralizada. En este caso, la neutralización eficiente de ese enemigo como fuente de peligro es el objetivo principal del *ius puniendi*, por lo que la prevención “carece así de límites precisos, facilitando la justificación discursiva de respuestas coyunturales en las cuales no se ha efectuado un análisis serio del conflicto social a partir de una visión integral y a largo plazo”¹⁰².

Para el Estado Penal el eficientismo es un concepto clave, pues está por encima de los derechos y las garantías. Es decir, “en la búsqueda de la eficiencia (...) se debe restringir la libertad, el “peligro”, potencial o real de la libertad de una persona (...) es la eficiencia la que se impone: en el eficientismo penal, hoy reforzado con la seguridad, *todo se hace válido*”¹⁰³. Esto deriva en la creación del *paradigma del enemigo* según el cual las personas no son juzgadas por sus acciones, como manda el derecho penal liberal, sino “sobre la base de su peligrosidad”¹⁰⁴, en su rol como amenaza, como enemigo potencial y de esta forma se justifica la punibilidad anticipada de ciertos sujetos. Ahora bien, con la Inteligencia Artificial se busca agrupar y clasificar a los acusados en menos y más peligrosos para ejercer un control racional y estadístico, tal y como Feeley y Simon plantean sobre la Nueva Penología¹⁰⁵.

101 Eduardo Aguirre, “La influencia del positivismo criminológico y del derecho penal de enemigo en el sistema de justicia juvenil”. *Derecho a réplica*, 25 de enero de 2017.

102 Nager, *Peligrosidad y Derecho Penal*, 157.

103 Alejandro Aponte, *Derecho Penal del Enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*. (Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 2008), 89.

104 Ibid., 133.

105 Feeley y Simon, *La nueva penología*, 36.

Por ende, la Literatura muestra todo el sistema que sustenta la vulneración de los derechos del acusado. En PRISMA, *El proceso* y *El informe de la minoría* se pueden observar elementos que configuran un derecho penal construido para potenciales enemigos, no para ciudadanos. Asimismo, la eficiencia es el valor supremo, no los derechos humanos. Para Anderton, lo más importante es que no han tenido un homicidio en cinco años. Por su parte, cuando se lee la información presentada por la Fiscalía de Colombia se plantean dos modos de uso de PRISMA: se puede, por un lado, reducir la reincidencia y mantener el mismo número de personas con detención preventiva al año, o por el otro, mantener la misma reincidencia, pero disminuir la cantidad de personas con medida de aseguramiento intramural, lo cual podría ayudar a disminuir el hacinamiento. Planean estas dos opciones a elegir: eficiencia o derechos, ¿con cuál de las dos se implementará PRISMA?

En adición, la Literatura nos permite ver las problemáticas que surgen cuando este discurso está justificado en la tecnología. En *El informe de la minoría* el poder no solo está seguro de la culpabilidad —como en *El proceso*—, además, tiene la certeza de que el individuo será culpable, y así, la tecnología cambia toda la dinámica. Anderton no puede hacer nada contra el sistema porque no tiene forma de controvertir la predicción hecha sobre el crimen que cometerá, no tiene ninguna posibilidad de deshacerse de la etiqueta de criminal peligroso. Aún la tecnología no puede exponer con exactitud el futuro, pero no es necesario que esto ocurra para que se genere una certeza sobre la peligrosidad de un sujeto. PRISMA utiliza datos y con ellos predice un comportamiento futuro, el discurso que hay detrás es que la IA realizará esta predicción mejor que cualquier humano y por eso hay que confiar en ella. PRISMA no predice el futuro, pero puede dar la certeza de que alguien es un peligro.

Así pues, del positivismo criminológico quedó el discurso del *peligrosismo*, que si bien se ha expresado como contrario a derechos, se mantiene en nuestro ordenamiento y en la forma cómo se entiende el poder punitivo. Se han buscado formas de amortiguar sus efectos vulneradores de derechos, por ejemplo, al separar a quien acusa de quién juzga, al darle a la presunción de inocencia un carácter de derecho fundamental, al determinar que la detención preventiva es en principio cautelar y la reincidencia solo un elemento más de análisis, e incluso, al declarar como inconstitucionales expresiones como: “se entenderá que la libertad del capturado representa peligro futuro para la sociedad”. Sin embargo, con PRISMA vemos que la tecnología es usada para clasificar a los sujetos en niveles de riesgo, y así, las garantías pierden efectividad ante “un lenguaje actuarial de cálculos probabilísticos y distribuciones estadísticas aplicadas a la población”¹⁰⁶.

En resumen, el *output* de PRISMA no es objetivo, ni justo, como se plantea que será, sino que responde a un discurso que usa la potestad punitiva para oprimir a los sujetos que son considerados como una

106 Ibid., 36.

amenaza. De manera que, no se trata únicamente de que pueda vulnerar el debido proceso, sino que esta vulneración responde a una visión del derecho penal donde el acusado es un enemigo, no un ciudadano, y así, se justifica que el sujeto esté desprotegido ante el inmenso poder del Estado. Responde a un Estado Penal, frente al cual la detención preventiva es un medio eficiente para controlar, castigar y anular a los individuos bajo el supuesto, no de que son culpables, sino que son peligrosos.

4. CONCLUSIONES

Desde siempre la Literatura ha tratado temas que hacen parte de la disciplina del Derecho: la justicia, el castigo, la culpa, la discriminación, el delito, incluso, el horror. Su aproximación a estos temas no es técnica como estamos acostumbrados los abogados, pues, la Literatura analiza las dimensiones humanas y discursivas de estos conceptos, y así, expone los conflictos individuales y colectivos que hay detrás del Derecho. El arte es un reflejo de las mismas tensiones sociales, y, por ende, en él se pueden rastrear las cuestiones problemáticas que rodean a la humanidad y asimismo las disciplinas que ha construido. Por esta razón, *El proceso* y *El informe de la minoría* son obras que develan el discurso del *peligrosismo* presente en un Estado Social de Derecho.

Así pues, el ejercicio interdisciplinar llevado a cabo en el presente documento permitió, por un lado, encontrar los puntos en contacto entre la realidad y la ficción, y por el otro, analizar a PRISMA más allá de un contraste con una ley, con la Constitución o la Jurisprudencia de la Corte Constitucional. Pues, si bien un análisis de la legalidad o constitucionalidad de la medida es necesario, no es suficiente. Que algo llegue a estar permitido en un ordenamiento jurídico no hace que esté exento de problemas y cuestiones discutibles. Con una lectura a través de la Literatura se descubre que el Derecho puede ser contradictorio, y además que, programas como PRISMA pueden estar contruidos con base en discursos como el *peligrosismo*, que, aunque se dice que está proscrito en nuestro ordenamiento, en realidad sigue siendo parte de la estructura del Estado y la forma como se configura el *ius puniendi*.

En este orden de ideas, la conclusión no es que la tecnología deba ser ajena al Derecho. Actualmente la sociedad depende de los programas informáticos, pues, la forma como trabajamos, estudiamos, nos relacionamos con los Otros, nos movilizamos, nos entretenemos, todo ha sido impactado por la IA. Sería incrédulo y arcaico pensar que esta disciplina informática no debe tener incidencia en el Derecho, pues su uso ciertamente puede facilitar e impulsar ciertos procesos. Sin embargo, se debe tener especial cuidado en su implementación y los discursos de poder que rigen su construcción, pues en el caso particular de PRISMA no se trata de un programa que recomienda una buena canción, sino uno que tendrá incidencia en derechos fundamentales. En este sentido, si no se analizan las dinámicas sociales, históricas y discursivas con las que se construye PRISMA se puede reproducir la situación de

COMPAS, es decir, que la IA no sirva para crear un control de la criminalidad más justo, sino para ahondar la discriminación hacia las personas ya estigmatizadas y marginalizadas de una sociedad.

En consecuencia, la construcción, implementación y evaluación de PRISMA debe estar enfocada no solo en los resultados que se espera sobre su eficiencia. No es suficiente comprobar que el programa en efecto reduce la tasa de reincidencia, pues en ese proceso puede llegar a vulnerar derechos de suma importancia constitucional como el debido proceso. Antes de que PRISMA sea usado por todos los fiscales de Colombia se debe resolver los problemas que presenta para que, primero, este programa no afecte las posibilidades de defensa de un acusado que debe desvirtuar, sin muchas herramientas, la predicción hecha por un programa al que él no tiene acceso y cuyo código se conoce como una caja negra. Segundo, se debe evitar que el *output* de PRISMA sea el único elemento usado para otorgar una detención preventiva, pues esto llevaría a que la Fiscalía materialmente tuviera funciones judiciales, volviendo al paradigma del sistema penal inquisitivo. Y tercero, es fundamental proteger la presunción de inocencia frente a un sistema que busca contener a las personas porque se asume que son peligrosas, pues se puede caer en el paradigma del derecho penal del enemigo.

Es importante tener en cuenta que, estos problemas relacionados con el debido proceso solo se pueden solucionar si se analiza el discurso sobre el cual se ha construido este programa. Lo anterior dado que no hay forma de garantizar el derecho fundamental al debido proceso en un Estado Penal que castiga a los sujetos al considerarlos como enemigos del sistema. El problema de PRISMA no es solo que afecte un derecho, sino que es contradictorio con todo el sistema de principios relacionados con el Derecho Penal Liberal basado en el acto y no en el autor. PRISMA no se construyó pensando en castigar los delitos, sino en contener de manera eficiente la amenaza que implica una persona que en el futuro podrá cometer crímenes.

En conclusión, *El proceso* y *El informe de la minoría*, a través de narrativas muy distintas, permiten hacer un análisis de PRISMA, pues ponen en evidencia, primero, las contradicciones que presenta con el debido proceso, y segundo, las dinámicas de poder en la que se construye. En este caso, la Literatura funciona como un reflejo de las dicotomías discursivas que han rodeado al derecho penal: ciudadano/enemigo; derechos fundamentales/control de la criminalidad eficiente; Estado Social de Derecho/Estado Penal. Todas estas tensiones que están en juego y hacen parte de la estructura de la potestad punitiva que se muestran en las narrativas de Kafka y Dick y de esta forma nos permiten analizar a profundidad a PRISMA. Por consiguiente, esta lectura de PRISMA humaniza el Derecho al poner en evidencia cómo la IA puede afectar a individuos particulares, pero, además, al develar las estructuras de poder que sostienen la creación e implementación de este programa.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Doyle, Daniel. *La Nueva Peligrosidad Criminal: Medidas de Seguridad Postpenitenciarias Para Delincuentes Imputables: Entre El Presente Problemático de La Legislación Española y El Futuro Inminente de La Legislación Argentina*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2019.
- Angwin, Julia, Jeff Larson, Surya Mattu y Kirchner Lauren. *There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks*. Propublica, 2016, acceso abril de 2020. <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>.
- *How we analyze the COMPAS Recidivism Algorithm*. Propublica, 2016, acceso abril de 2020. <https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm>.
- Aguirre, Eduardo. “La influencia del positivismo criminológico y del derecho penal de enemigo en el sistema de justicia juvenil”. *Derecho a réplica*, 25 de enero de 2017. acceso octubre de 2020. <https://derechoareplica.org/index.php/mas/criminologia/1029-la-influencia-del-positivismo-criminologico-y-del-derecho-penal-de-enemigo-en-el-sistema-de-justicia-juvenil>.
- Aponte, Alejandro. *Guerra y Derecho Penal del Enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 2008.
- Ariza, Libardo y Mario Torres. “Estudio preliminar. Prisiones y Jueces: La Constitución y la Prisión en la era del encarcelamiento masivo” En *Encarcelamiento Masivo: Derecho, Raza y Castigo*. Bogotá: Siglo de Oro Editores, 2020.
- Barceló, Miquel. *Inteligencia Artificial*. Barcelona: UOC, 2002.
- Barreto Ardila, Hernando. “Constitución Política y derecho penal de acto”. *Derecho Penal y Criminología*. No.22 (2001): 79-88.
- Bernal, Gloria Lucía. “Las reformas procesales penales en Colombia”. *Revista IUSTA*. (2005): 45-65.
- Beltrán, Víctor y David Preminger. “Inteligencia artificial en el sistema de justicia criminal: algunas reflexiones sobre su aplicación en el derecho chileno artificial”. *Revista de Derecho Aplicado LLM UC 5* (2020).
- Brooks, Peter. “Literature as Law’s Other”. *Yale Journal of Law & the Humanities* 22 (2), Article 5. (2010) acceso agosto de 2020. Doi: <http://digitalcommons.law.yale.edu/yjlh/vol22/iss2/5>.
- Cano, Diego Mauricio y María Helena Ordoñez. “La Resistencia Del Sistema Penal Inquisitivo: Perspectiva Histórica Jurídica”. *Revista Pensamiento Penal*. (2020): acceso septiembre de 2020. Doi: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/48519-resistencia-del-sistema-penal-inquisitivo-perspectiva-historica-juridica>
- Crespo, Eduardo Demetrio. Del “derecho penal liberal” al “derecho penal del enemigo”. *Nuevo Foro*

Penal. No 69. (2006).

CIDH. Informe Sobre El Uso De La Prisión Preventiva En Las Américas. Doc. 46/13. (2013). Acceso septiembre de 2020. Doi: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>.

Código de Procedimiento Penal (CPP). Ley 906 de 2004. Septiembre 1 de 2004 (Colombia).

Constitución Política de Colombia [Const]. Julio 7 de 1991 (Colombia).

Corte Constitucional. Sentencia C-221 de 1994. (MP. Carlos Gaviria Díaz: 5 de mayo de 1994) acceso 2020. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1994/C-221-94.htm>.

----- Sentencia T-458 de 1994. (MP. Jorge Arango Mejía: 24 de octubre de 1994) acceso 2020, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-458-94.htm#:~:text=T%2D458%2D94%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=Este%20derecho%20es%20el%20conjunto,fundamentaci%C3%B3n%20de%20las%20resoluciones%20judiciales>.

----- Sentencia T-153 de 1998. (MP. Eduardo Cifuentes: 28 de abril de 1998) acceso 2020, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm#:~:text=Sostiene%20que%20el%20interno%20es,moral%20y%20a%20la%20dignidad%20humana>.

----- Sentencia C-646 de 2001. (MP. Manuel José Cepeda Espinosa: 20 de junio de 2001), acceso 2020. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-646-01.htm>.

----- Sentencia C-774 de 2001. (MP. Rodrigo Escobar: 25 de julio de 2001), acceso 2020. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-774-01.htm>.

----- Sentencia T-719 de 2003. (MP. Manuel José Cepeda Espinosa: 20 de agosto de 2003), acceso 2020. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-719-03.htm>.

----- Sentencia C-077 de 2006. (MP. Jaime Araujo Rentería: 8 de febrero de 2006), acceso 2020. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-077-06.htm>.

----- Sentencia T-258 de 2007. (MP. Clara Inés Vargas: 12 de abril de 2007), acceso 2020. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-258-07.htm>.

----- Sentencia C-121 de 2012. (MP. Luis Ernesto Vargas: 22 de febrero de 2012), acceso 2020. [https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-121-12.htm#:~:text=El%20que%20sin%20permiso%20de,a%20doce%20\(12\)%20a%C3%B3s](https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-121-12.htm#:~:text=El%20que%20sin%20permiso%20de,a%20doce%20(12)%20a%C3%B3s).

----- Sentencia T-388 de 2013. (MP. María Victoria Calle Correa: 28 de junio de 2013), acceso 2020. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm>.

----- Sentencia C-496 de 2015. (MP. Jorge Ignacio Pretelt: 5 de agosto de 2015), acceso 2020. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-496-15.htm#:~:text=Afirma%20que%20la%20norma%20acusada,cadena%20de%20custodia%20C%20sean%20aut%C3%A9nticos>.

- Sentencia T-762 de 2015. (MP. Gloria Stella Ortiz: 16 de diciembre de 2015), acceso 2020. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-762-15.htm>.
- Sentencia C-469 de 2016. (MP. Luis Ernesto Vargas: 31 de agosto de 2016), acceso 2020. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-469-16.htm#:~:text=Sostiene%2oque%2oen%20Colombia%2oresulta,al%2ociudadano%2ode%2oinjerencias%2oindebidas.>
- Sentencia C-496 de 2019. (MP. Antonio José Lizarazo: 22 de octubre de 2019, acceso 2020. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-496-19.htm>.
- Sentencia C-567 de 2019. MP. Alberto Rojas Ríos: 27 de noviembre de 2019, acceso 2020. <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30038531>.
- Sentencia C-128 de 2020. (MP. Jose Fernando Reyes: 22 de abril de 2020), acceso 2020. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-128-20.htm>.
- Dangeti, Pratap. *Statistics for machine learning*. Birmingham: Packt Publishing Ltd, 2017.
- Dick, Philip K. *El informe de la minoría (The Minority Report)*. Ebook, 1956.
- Dirección de Políticas Públicas y Estrategia. Fiscalía General de la Nación. *Herramienta PRISMA: Perfil de Riesgo de Reincidencia para la Solicitud de Medidas de Aseguramiento*. 2019.
- Dymitruk, Maria. “Ethical artificial intelligence in judiciary”. *Conference: 22nd International Legal Informatics Symposium*. Salzburg, Austria, 2019.
- Escobar, José David. “Prisma: el programa de la Fiscalía para predecir la reincidencia criminal”. *El Espectador*, 22 de junio de 2019, acceso septiembre de 2020. <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/prisma-el-programa-de-la-fiscalia-para-predecir-la-reincidencia-criminal/>.
- Feeley, Malcom y Jonathan Simon. La nueva penología: notas acerca de las estrategias emergentes en el sistema penal y sus implicaciones. *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, 4(6). (1995).
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Valladolid: Trotta, 1995.
- Ferreira García, Johan Sebastián. “Vestigios Normativos Del Positivismo Criminológico En Colombia. Análisis Sobre La Vigencia Del Pensamiento De Enrico Ferri”. Tesis pregrado. Universidad Nacional de Colombia, 2014. Acceso septiembre de 2020. <https://core.ac.uk/download/pdf/77274985.pdf>.
- Foucault, Michel. *Vigilar y Castigar: Nacimiento de La Prisión*. Segunda edición revisada y corregida. Siglo Veintiuno Editores, 2009.
- García Villegas, Mauricio, Rodrigo Uprimny Yepes y César Rodríguez Garavito. “Funcionamiento del sistema penal mixto de corte inquisitivo (Ley 600 de 2000)” En: *¿Justicia para todos? Sistema*

- judicial, derechos sociales y democracia en Colombia. Bogotá: Editorial Norma, 2006.
- Gómez, Luisa Fernanda y Medina Pablo. “Unificar las causas, agilizar los trámites y las dudas sobre su uso en el futuro: ¿cómo es y qué busca el software que utiliza la justicia colombiana?” *Colombia Check*, 26 de julio de 2020. Acceso septiembre de 2020. <https://colombiacheck.com/investigaciones/unificar-las-causas-agilizar-los-tramites-y-las-dudas-sobre-su-uso-en-el-futuro>.
- Fiscalía General de la Nación. *Herramienta PRISMA: Perfil de Riesgo de Reincidencia para la Solicitud de Medidas de Aseguramiento*. (Presentación). 2019.
- Gadamer, Hans-Georg. “Sobre oír”. En: *Acotaciones hermenéuticas*. 67-75. Madrid: Trotta, 2002.
- Géron, Auréline. *Hands-On Machine Learning with Scikit-Learn and TensorFlow*. 2017.
- Hao, Karen y Jonathan, Stray. 2019. *Can you make AI fairer than a judge? Play our courtroom algorithm game*. *Technology Review* 2019, acceso abril de 2020. <https://www.technologyreview.com/2019/10/17/75285/ai-fairer-than-judge-criminal-risk-assessment-algorithm/>.
- Hernández Cervantes, Aleida. *Derecho y literatura: una alianza que subvierte el orden*. México DF: Bonilla Artigas Editores, 2017.
- Hernández Giménez, María. “Inteligencia Artificial y Derecho Penal”. *Actualidad Jurídica Iberoamericana* 10 (2019): 792-843.
- Hernández Jimenez, Norberto. “Capítulo IV. Incompatibilidad de la detención preventiva con la presunción de inocencia en Colombia”. En: *Los riesgos del punitivismo, presunción de inocencia e indignidad carcelaria en Colombia*. Editoras Marcela Gutierrez Quevedo y Ángela Marcela Olarte Delgado, 1era Ed. 155-184. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.
- Kafka, Franz. *El proceso*. Bogotá: Grupo Editorial Norma, 2008.
- Kooyman, Elke. “Cárceles en Colombia: una situación insostenible”. *Comité Internacional de la Cruz Roja*, 21 de marzo de 2018. Acceso octubre de 2020. <https://www.icrc.org/es/document/carceles-en-colombia-una-situacion-insostenible>.
- Hobbes, Thomas, and Marshall Missner. *Leviathan*. The Longman Library of Primary Sources in Philosophy. Pearson Longman, 2008.
- Londoño Ayala, César Augusto. *Medidas de Aseguramiento: Análisis Constitucional*. Segunda edición. Ediciones Nueva Jurídica, 2019.
- Larger, Maximo. “La larga sombra de las categorías acusatorio-inquisitivo”. *Revista de Derecho Público Universidad de los Andes* 32 (2014).
- Locke, John, Carlos Mellizo, Peter Laslett. *Segundo Tratado Sobre El Gobierno Civil: Un Ensayo Acerca Del Verdadero Origen, Alcance y Fin Del Gobierno Civil*. Colección Clásicos Del Pensamiento.

- Tecnos, 2006.
- Lukács, Georg. “La novela histórica y el drama histórico” En: *Teorías Literarias del Siglo XX*. 1era. Ed. Compilado por Jose Manuel Cuestas Abad y Julian Juménez Heffernan, 548-564. Madrid: Akal Ediciones., 2005.
- Miró Llinares, Fernando. “Inteligencia Artificial Y Justicia Penal: Más Allá De Los Resultados Lesivos Causados Por Robots”. *Revista de Derecho Penal y Criminología* 20 (2020): 87-130.
- Nager, Horacio. *Peligrosidad y Derecho Penal : Influencia Del Positivismo Criminológico En El Derecho Penal Posmoderno*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2014.
- Navone, Karina. Racismo y poder: la intolerancia como herramienta para la reestructuración funcional de los lazos sociales. *Lecciones y Ensayos* N° 81 (2005): 256 - 311. Acceso septiembre de 2020. http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/p_ub_lye_numeros_81.php.
- “Practitioner’s Guide to COMPAS Core”, *NorthPointe*, acceso abril de 2020. <https://assets.documentcloud.org/documents/2840784/Practitioner-s-Guide-to-COMPAS-Core.pdf>.
- Nuñez, José Ignacio. *Un análisis abstracto del Derecho Penal del Enemigo a partir del Constitucionalismo Garantista y Dignatario*. *Polít. crim.* N° 8, A3 – 8, (2009): pp. 1 – 23. Acceso abril 2020. http://www.politicacriminal.cl/n_o8/a_3_8.pdf.
- Orlowski, Jeff (Director) y Larissa, Rhodes (Productora). 2020. *The Social Dilemma*. (Netflix).
- Pagallo, Ugo y Serena, Quattrocolo. “The impact of AI on criminal law, and its twofold procedures”. En: *Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence*. Edward Elgar Publishing, 2018.
- Platón. *La República*. Madrid: Alianza Editorial, 1988.
- Presidente de la República. Decreto 2700 de 1991. Por el cual se expiden las normas de Procedimiento Penal. Noviembre 30 de 1991. D.O. CXXVII N. 40190. Acceso octubre de 2020. <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1774206>.
- Rodriguez Vega, Manuel. “Sistema acusatorio de justicia penal y principio de obligatoriedad de la acción penal”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* No. 40 (2013), acceso septiembre de 2020. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S071868512013000100020&script=sci_arttext.
- Sadhu Singh, Jaspal Kaur. “Ethical questions, risks of using AI in ‘predictive justice’”. *New Straits Time*, 15 de febrero de 2020, acceso septiembre de 2020. <https://www.nst.com.my/opinion/columnists/2020/02/565890/ethical-questionsrisks-using-ai-predictive-justice>.
- Salas, Minor. “¿Qué significa fundamentar una sentencia? O el arte de redactar fallos judiciales sin engañarse a sí mismo y a la comunidad jurídica”. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*. No. 13 (2006).

Sánchez, Liliana. “La construcción del modelo de proceso penal”. En: *Entre el control de la criminalidad y el debido proceso. Una historia del proceso penal colombiano*. 23 - 31. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2017.

Scherer, Maxi. “Artificial Intelligence and Legal Decision-Making: The Wide Open? Study on the Example of International Arbitration”. *Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper* No. 318 (2019), acceso septiembre de 2020. <https://ssrn.com/abstract=3392669>.

Stone Peters, Julie. “Law, Literature, and the Vanishing Real: On the Future of an Interdisciplinary Illusion”. *Modern Language Association* 120, No. 2 (2005).

Trotsky, Lev. “La escuela poética formalista y el marxismo” En: *Teorías Literarias del Siglo XX*. 1era. Ed. Compilado por Jose Manuel Cuestas Abad y Julian Juménez Heffernan, 524-539. Madrid: Akal Ediciones, 2005.

Ward, Ian. *Literature and Human Rights: Interdisciplinary Reflections on the Law, the Language and the Limitations of Human Rights Discourse Introduction*. Berlín: De Gruyter, 2015.