

ALGORITMIZACIÓN DE LA CONCESIÓN DE MEDIDAS
CAUTELARES EN EL PROCESO PENAL PARA LA
PROTECCIÓN DE VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.
¿ES CAPAZ VIOGEN DE INTERPRETAR EL “PERICULUM IN
MORA”?*

*ALGORITHMISATION OF THE GRANTING OF PRECAUTIONARY
MEASURES IN CRIMINAL PROCEEDINGS FOR THE PROTECTION
OF VICTIMS OF GENDER VIOLENCE. IS VIOGEN CAPABLE OF
INTERPRETING THE “PERICULUM IN MORA”?*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 21, agosto 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 384-407

* Estudio redactado en el marco del Proyecto “Claves para una justicia digital y algorítmica con perspectiva de género”, PID2021-123170OB-I00 financiado por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033.

Raquel BORGES
BLÁZQUEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 29 de mayo de 2023

ARTÍCULO APROBADO: 1 de julio de 2024

RESUMEN: La irrupción de la inteligencia artificial (IA) en el sector jurídico es una realidad. En el proceso penal español para la protección de las víctimas de violencia de género hace años que los agentes policiales hacen uso del sistema VIOGEN para la evaluación del riesgo de violencia. Este sistema hace un cálculo de la probabilidad de reincidencia de un agresor respecto de su víctima, una vez éste ha cometido una infracción que, además, ha sido denunciada. En la práctica observamos un elevado automatismo a aceptar la valoración del sistema actuarial, por ello la pregunta de investigación que buscamos resolver en este trabajo es si el sistema VIOGEN es capaz de interpretar el *periculum in mora* en la concesión de medidas cautelares que compete al juez. Respondida esta cuestión debemos plantearnos en qué supuestos, bajo qué parámetros y qué responsabilidad podríamos atribuirle a VIOGEN.

PALABRAS CLAVE: Medidas cautelares; VIOGEN; algoritmos; “*periculum in mora*”; violencia de género.

ABSTRACT: *The irruption in the use of artificial intelligence (AI) in the legal sector is a reality nowadays. Spanish Police officers have been using the VIOGEN system for years in order to assess the risk of violence in criminal proceedings regarding protection of gender-based violence victims. This system calculates the aggressor's probability to reoffend the victim after a first offence has been reported. In practice we observe a high degree of automatism in accepting the system's assessment. This is the reason for the research question in this paper which is to determine if the VIOGEN system is capable of interpreting the periculum in mora in the process of granting precautionary measures which lies within the judge's responsibilities. Once this question has been answered we must ask ourselves the amount of responsibility attributed to the VIOGEN system and in which cases or under what specific parameters should it be used.*

KEY WORDS: *Precautionary measures; VIOGEN; algorithms; “periculum in mora”; gender violence.*

SUMARIO.- I. LA ORDEN DE PROTECCIÓN COMO MEDIDA CAUTELAR EN EL PROCESO PENAL POR VIOLENCIA DE GÉNERO; 1. Requisitos que deben cumplir las medidas cautelares: el “*fumus boni iuris*” y el “*periculum in mora*”; 2. ¿Cómo algorimizamos el “*periculum in mora*”?; II. VIOLACIÓN Y ALGORITMIZACIÓN DEL RIESGO DE REINCIDENCIA; 1. VPR y VPER; 2. VPR 5.0-H. La valoración del riesgo de violencia mortal; III. FALENCIAS DEL SISTEMA VIOLACIÓN; 1. La estandarización de las preguntas a las víctimas: fortaleza y debilidad; 2. La falta de transparencia; 3. La atribución de responsabilidad; IV. BREVE REFLEXIÓN: ¿CUÁNTO PUEDE LA MÁQUINA AYUDAR AL JUEZ EN LA TOMA DE DECISIONES PARA LA CONCESIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES A LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO?; V. BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA Y CITADA.

I. LA ORDEN DE PROTECCIÓN COMO MEDIDA CAUTELAR EN EL PROCESO PENAL POR VIOLENCIA DE GÉNERO.

Si bien vamos a tratar las órdenes de protección de las víctimas de violencia de género como medidas cautelares, pues es así como las denomina el legislador penal español, antes de comenzar me gustaría alinear me con el planteamiento de la profesora BARONA VILAR que diferencia entre medidas cautelares como aquellas que sirven a los fines del proceso y medidas preventivas como aquellas que no buscan garantizar la presencia del agresor en el juicio, sino proteger a la víctima de nuevos ataques.¹

Refiere GÓMEZ NEIRA en auto sobre medidas cautelares durante la instrucción que éstas “son instrumentos procesales que sirven para otorgar efectividad al proceso mismo y más específicamente a la sentencia que, en su día, se dicte. (...) la actuación del ius puniendi por parte del Estado a través del proceso penal requiere “tiempo”, y precisamente ese tiempo implica en sí mismo un importante riesgo de que la resolución que en su día llegue a dictarse sea inútil; sobre todo cuando el sujeto pasivo aprovecha para sí mismo las indeseables dilaciones procesales, para hacer que dicha resolución sea ilusoria y por ende, inejecutable” En resumen, “la finalidad que da verdaderamente significado a la regulación de las medidas cautelares es la función de garantía de la efectividad del proceso, ya que comporta un real y efectivo aseguramiento de su desarrollo.”²

Es ésta, “*mutatis mutandis*”, la misma función que tienen las órdenes de protección. La decisión final respecto de la culpabilidad del agresor requiere de tiempo, pero el Estado tiene conocimiento de la comisión de un posible delito con el consecuente riesgo de reiteración delictiva. Para evitar que el agresor vuelva a

1 BARONA VILAR, S.: *Medidas cautelares en el proceso penal*, Prontuario de Derecho Procesal 3, Honduras, 2015, pp. 74-77.

2 AJPII 20 mayo 2022 (ECLI:ES:JPII:2022:187), p. 2

• **Raquel Borges Blázquez**

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Procesal, Universitat de València.
Correo electrónico: Raquel.Borges@uv.es

atentar contra bienes jurídicos protegidos de la víctima, el artículo 544ter ofrece la herramienta jurídica para dictar una medida cautelar de protección. Si bien aquí no estamos garantizando estrictamente los fines del proceso (el riesgo de fuga o la destrucción de pruebas garantizan estrictamente los fines del proceso), sí estamos garantizando la seguridad de la víctima y conjurando el riesgo de reiteración delictiva. Continúa el auto indicando que el objetivo de la medida es “evitar los riesgos de ineffectividad de los derechos sujetos a protección que puedan ocasionarse por la duración de un proceso”.³ En otras palabras, de poco serviría que una mujer con un riesgo muy elevado denuncie a su agresor si el Estado, una vez tener conocimiento del hecho, no toma medidas. Tal vez se acabe condenando al agresor pero sin una medida cautelar de protección de la víctima, la condena poco o nada importe a la víctima si, para el día que se dicta la sentencia, la ha vuelto a agredir o, incluso, la ha matado.

Las órdenes de protección forman parte de la prevención terciaria, es decir, medidas dirigidas a evitar que se vuelva a producir una nueva agresión, una vez que se han producido otras agresiones previas. Una forma mediante la que la protección de las víctimas puede ser garantizada es incapacitando físicamente a sus agresores, esto es, privándolos de libertad para que dejen de atacar o amenazar a sus víctimas. Una alternativa menos invasiva son las órdenes de protección, en cuyo caso una autoridad judicial ordenará a la persona violenta que debe dejar a “su” víctima en paz.⁴

Con nuestra orden de protección, comparto con SERRANO HOYO, más que una nueva medida cautelar, lo que se creó fue un mecanismo de coordinación de las medidas cautelares penales y civiles ya existentes que además se proyecta en el ámbito asistencial. Y es que, por lo que se refiere al proceso penal, no se crearon nuevas medidas cautelares, sino que el artículo 544ter en su apartado sexto se limita a remitirse a las ya existentes siendo que la orden de protección tiene una naturaleza accesoria respecto del proceso penal en marcha. Su novedad radica en la posibilidad de articular las medidas cautelares penales ya existentes con medidas cautelares civiles -también ya existentes- en un mismo instrumento, dotándolas así de una mayor eficacia y ofreciendo la posibilidad de desplegar sus efectos también en el orden asistencial.⁵

3 Idem

4 Traducción libre: “One way in which protection can be procured is by physically incapacitating violent persons: by placing them in detention they can be prevented from attacking or harassing their victims anew. A less invasive alternative, however, is to issue a protection order, in which case a judicial authority orders the violent person to leave the victim in peace”. VAN DER AA, S., NIEMI, JOHANNA; S., LORENA; FERREIRA, A., BALDRY, A.: “Mapping the legislation and assessing the impact of Protection Orders in the European member states”, *Daphne*, p. 31.

5 SERRANO HOYO, G.: “Algunas cuestiones procesales que plantea la Orden de Protección de las víctimas de la violencia doméstica”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, 2004, pp. 72-73.

Por tanto, deberá cumplir las características que les pedimos a las medidas cautelares, directamente vinculadas con su finalidad aseguratoria: “A) Instrumentalidad.- La medida cautelar se justifica solo con relación a un proceso. Garantizan tanto el proceso de declaración, mediante la presencia del sujeto y preservando cuantos elementos de prueba puedan servir en el mismo, como la efectividad del cumplimiento de la sentencia condenatoria, a saber, el proceso de ejecución. De ahí su naturaleza instrumental. B) Provisionalidad.- La medida cautelar no pretende convertirse en definitiva, y es por ello que desaparece cuando deja de ser necesaria en el proceso principal. Solo se mantienen en tanto en cuanto permanezcan las circunstancias que motivaron su imposición, y éstas pueden variarse en el tiempo. C) Temporalidad.- La duración de la medida cautelar es limitada, dado que, por su propia naturaleza, se extingue al desaparecer las causas que la motivaron. D) Variabilidad.- La medida cautelar puede ser modificada, e incluso alzada, cuando se altera la situación de hecho que dio lugar a su adopción. E) Jurisdiccionalidad.- Corresponde exclusivamente a los órganos del Poder Judicial adoptar las medidas cautelares”.⁶

Sin intención de adelantar conclusiones, el objetivo del trabajo es valorar cómo podrían casar la jurisdiccionalidad que requiere la adopción de las medidas cautelares y el empleo de VIOGEN en la decisión de la posible adopción de la medida cautelar a modo de diligencia pericial para la valoración del riesgo. Actualmente, el sistema es utilizado por parte de los agentes policiales para la valoración policial del riesgo y la gestión de la seguridad de las víctimas de violencia de género. Más tarde, se incluye entre las circunstancias que valora el juzgador para la decisión de la adopción de la medida cautelar. Pero el juzgador no tiene acceso al algoritmo para ir modificando las respuestas dependiendo del riesgo intrínseco a cada momento del proceso. Por tanto, si el legislador decidiese incluir VIOGEN como una suerte de pericial que colabore con la motivación judicial, el juzgador debería tener la posibilidad de modificar las respuestas en atención a la variabilidad de la medida. Además, VIOGEN sería simplemente una herramienta de auxilio a la motivación puesto que “la jurisdiccionalidad, a su vez, implica lo siguiente: 1. La decisión cautelar es solo posible por el órgano jurisdiccional. 2. Toda medida cautelar ha de ser debidamente motivada. La motivación, es manifestación del artículo 120 CE y, por supuesto, del genérico derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE. La necesidad de motivar exige al juez instructor exponer en la resolución de forma suficientemente comprensible cuales son los elementos y cuáles son las razones tenidas en cuenta en su adopción. 3. El juez instructor ha de realizar un examen formal de la proporcionalidad y de la racionalidad de la medida a adoptar, efectuando un juicio de ponderación entre el derecho o derechos afectados y los intereses que tal afectación trata de proteger”.⁷ Por lo

⁶ AJPII 20 mayo 2022 (ECLI:ES:JPII:2022:187), p. 2

⁷ *Idem*

tanto, la necesaria motivación del auto impediría dejar el control de la decisión en la máquina ya que no caben las motivaciones por remisión.

I. Requisitos que deben cumplir las medidas cautelares: el “fumus boni iuris” y el “periculum in mora”.

Las medidas cautelares para garantizar el cumplimiento efectivo de la sentencia, se basan en los siguientes fundamentos:⁸ 1) “periculum in mora”, o daño específico derivado de la duración de la actividad jurisdiccional penal, que puede aprovecharse por el investigado para colocarse en una situación que puede acabar frustrando la ulterior efectividad de la sentencia, peligro que puede referirse tanto a la persona como al patrimonio del investigado; y 2) “fumus boni iuris”, que comporta la probabilidad o verosimilitud de la existencia de un hecho criminal imputado (objeto), esto es, indicios suficientes que permitan mantener la imputación de un hecho delictivo al sujeto afectado por la medida o la responsabilidad civil de éste. Estos fundamentos deben ser interpretados desde la proporcionalidad, que requiere un juicio de razonabilidad sobre la finalidad perseguida y de las circunstancias concurrentes. Una medida desproporcionada o irrazonable, tal y como ha indicado el Tribunal Constitucional,⁹ no sería propiamente cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso.¹⁰

Ambos requisitos se encuentran indicados en el artículo 503 LECrim respecto de la prisión provisional como medida más gravosa de privación de libertad. Si el juzgador considerase que no es necesaria la privación de libertad para garantizar los fines del proceso, es posible hacer uso de una reducción, que no privación, de la libertad deambulatoria y de comunicación por medio de los artículos 544bis y 544ter que regulan las órdenes de alejamiento y protección. Además, existe un desarrollo jurisprudencial respecto del contenido y alcance de los requisitos puesto que la jurisprudencia, al fin y al cabo, es la encargada de valorar la existencia de éstos y motivar por medio de auto.

A modo de ejemplo, refiere la Audiencia Provincial de Bilbao, “El fumus boni iuris o apariencia y justificación del derecho subjetivo, estriba en el proceso penal en la atribución del hecho punible a una persona determinada conforme a criterios de racionalidad teniendo en cuenta el momento procesal en el que se acuerda la medida. Esto es tanto como decir que para que tomar esta decisión es necesario

8 Realizo un estudio más exhaustivo en: BORGES BLÁZQUEZ, R.: “Obligaciones estatales positivas de prevención y medidas de protección civiles para víctimas de violencia doméstica y de género. Una apuesta a favor de su regulación”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, núm. 13, pp. 898-929.

9 A este respecto: BARONA VILAR, S.: “Prisión provisional: ‘solo’ una medida cautelar (Reflexiones ante la doctrina del TEDH y del TC, en especial de la STC 46/2000, 17 febrero)”, *Actualidad Penal*, 2000, núm. 42, pp. 891-911.

10 BARONA VILAR, S.: *Medidas cautelares*, cit., pp. 74-77; BARONA VILAR, S.: “¿Una nueva concepción expansiva de las medidas cautelares en el proceso penal?”, *Revista del Poder Judicial*, 2006, núm. especial 19, pp. 237-264.

que se haya producido una imputación. El *periculum in mora* o daño jurídico derivado de la duración del procedimiento viene determinado en el proceso penal, en principio, por el peligro de fuga o por el peligro de ocultación del imputado”.¹¹

En el mismo sentido, la Audiencia Provincial de Madrid, “Ha de incidirse que esta Sección de la Ilma. Audiencia Provincial ya ha señalado (STAP de 26/07/2012) que la afectación a derechos fundamentales de la persona a la que se impone una medida cautelar de esta naturaleza, como son los derechos a la libertad deambulatoria, y a la presunción de inocencia, en sus dos vertientes tradicionales, requiere que cualquier decisión que se adopte por parte del Juzgador, además de cumplir el deber general de motivación (expresivo de las razones jurídicas que le han movido a adoptar la decisión), se pondere específicamente la adecuación de la medida desde la contemplación de los riesgos que con ella se quieren conjurar, lo que exige un análisis específico del “*fumus boni iuris*”, de que el riesgo puede ser conjurado (teniendo en cuenta la proporcionalidad), mediante el alejamiento de la persona a quien se imputan indiciariamente unos hechos graves, de la o las personas sobre las que se temen ataques a su vida, a su integridad física, a su libertad y al resto de los bienes jurídicos expuestos en la LECRIM, y en el art. 57 CP. Por todo ello, y a los efectos de determinación del peligro, debe evaluarse los antecedentes existentes en la causa, de los que se pueda inferir que el denunciado puede seguir cometiendo hechos violentos atentatorios contra la integridad física o moral de la víctima, con objeto de determinar si es necesaria la medida, a fin de evitar nuevos actos de agresión.” Continúa la Audiencia haciendo referencia a la inmediación: “también hemos de poner de manifiesto, el valor que en estos supuestos tiene el denominado principio de inmediación por parte del Juzgador de instancia, que es quien realmente ha practicado a lo largo de la instrucción de la causa las diligencias de investigación, y ha podido observar de primera mano aquellas circunstancias que concurren a la hora de acordar la medida cautelar”.¹² En definitiva, el elemento humano que, como más adelante se explicará, la máquina no debe, ni puede con la Constitución actual, borrar.

En cuanto a la medida de alejamiento (incluida, o no, en una orden de protección), separar al agresor de la víctima es el elemento básico para garantizar la protección adecuada de la integridad de la víctima.¹³ En relación con esta medida, sería recomendable reemplazar el sistema de protección que consiste en ocultar y refugiar a la víctima en centros de acogida, ya que esto conlleva una revictimización

11 AAP BI 26 Junio 2021 (ECLI:ES:APBI:2021:1172A), p. 2

12 AAP M 8 marzo 2023 (ECLI:ES:APM:2023:689A), p. 3.

13 El Pleno del Consejo General Judicial de 21 de marzo de 2001 indicó, en relación con la problemática jurídica que conlleva la violencia doméstica que “la adopción de estas prohibiciones y el ejecutivo cumplimiento por parte de los órganos jurisdiccionales, del Ministerio Fiscal y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad aparece en este momento como una necesidad perentoria para lograr una protección real de las víctimas y alejar a éstas de la sensación de desamparo institucional que padecen”

que empeora la difícil situación en que las víctimas se encuentran.¹⁴ La medida de alejamiento puede ser adoptada como medida cautelar, pena accesoria, medida de seguridad, condición para la suspensión o como una de las reglas que trae consigo la situación de libertad provisional. Si es como medida cautelar, su adopción urgente es necesaria para que el agresor reaccione y se dé cuenta de que el Estado castiga su conducta violenta. Explica BARONA VILAR, esta medida no tiene como objetivo garantizar la presencia del agresor en el juicio, si no de que “su fundamento es meramente preventivo, no cautelar ni aseguratorio procesal del sujeto pasivo de la causa”. De este modo, considera la autora, sí concurre el “fumus boni iuris” (elementos de convicción suficientes para poder sostener que es probable que el imputado sea autor de un hecho punible) pero no el “periculum in mora” (no hay riesgo de fuga ni de obstaculizar la investigación) siendo que el único fundamento es proteger a la víctima.¹⁵

Además, no resulta fácil establecer a priori si ambos requisitos se dan debido a la fase en la que nos encontramos: “esa valoración sobre la concurrencia de tales requisitos ha de enmarcarse, además, en el juicio de inferencia indiciaria propio de la fase procesal en que se encuentra la presente causa. En este sentido, conviene recordar que los indicios racionales de criminalidad (STS de 9/01/2006), según su específica utilidad procesal, es decir, según para qué se necesitan en el desarrollo del procedimiento, significan siempre la asistencia de datos concretos reveladores de un hecho importante para las actuaciones judiciales, lo que exige, una mayor o menor, intensidad en cuanto a su acreditación, según la finalidad con que se utilizan. Así, la máxima intensidad ha de existir cuando esos indicios sirven como medio de prueba de cargo (prueba de indicios), en cuyos casos han de estar realmente acreditados y han de tener tal fuerza probatoria que, partiendo de ellos, pueda afirmarse, sin duda razonable alguna, la concurrencia del hecho debatido; y en otras ocasiones, sin que concurra una verdadera prueba, han de constar en las actuaciones procesales algunas diligencias a partir de las cuales puede decirse que exista probabilidad de delito y de que una determinada persona es el responsable del mismo.”¹⁶ En este sentido, como veremos en el siguiente apartado, la posibilidad de algorimizar el “periculum in mora” podría servir como herramienta de auxilio al juzgador para la decisión respecto de otorgar, o no, una medida cautelar.

2. ¿Cómo algorimizamos el “periculum in mora”?

Explica NEIRA PENA¹⁷ que es posible algorimizar el “periculum in mora” pero no el “fumus boni iuris” porque la apariencia del buen derecho se refiere a un hecho

14 En este sentido, DE URBANO CASTILLO, E.: “El alejamiento del agresor, en los casos de violencia familiar”, *La Ley*, 2001, núm. 5248.

15 BARONA VILAR, S.: *Medidas cautelares*, cit., pp. 74-77, p. 182.

16 AAP M 8 marzo 2023 (ECLI:ES:APM:2023:689A), p. 4.

17 NEIRA PENA, A. M.: “Inteligencia Artificial y tutela cautelar. Especial referencia a la prisión provisional”, *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, 2021, vol. 7, num. 3, pp. 1897-1933.

que ya ha sucedido y los algoritmos funcionan prediciendo aquello que es posible o probable que suceda en el futuro.

Reflexiona brillantemente la autora respecto de la valoración del “fumus boni iuris”, “implica reconstruir hechos pasados, atribuirles un nivel de verosimilitud y valorarlos jurídicamente, las herramientas de justicia predictiva o valoración de riesgos no deben de influir en absoluto en este juicio, que debe realizarse de forma independiente y autónoma a toda circunstancia ajena a la comisión del hecho delictivo que se investiga.”¹⁸ Concluye muy acertadamente al indicar que éste es “un juicio de imputación reforzado (...) reconstruir el pasado, valorando jurídicamente los hechos investigados, y no de predecir el futuro ni de asignar probabilidades a hechos inciertos. Y en este ámbito, la IA es más limitada. (...) Difícilmente puede sustituir al juicio jurisdiccional, que además ha de guiarse por principios como el in dubio pro reo o el favorecimiento de la libertad personal, que encierran auténticos valores, no siempre reducibles a una secuencia lógica o a un umbral estadístico”.¹⁹ En definitiva, coincido plenamente con la autora que el concepto de apariencia de buen derecho busca confirmar si se cometió el delito previo que daría lugar a la emisión de una medida de protección si, además, concurre el peligro en la mora. Pero esta apariencia de buen derecho no puede confundirse con la posibilidad de reincidir, pues éste es el segundo requisito para la concesión de una medida cautelar.

Respecto del uso de las herramientas algorítmicas para evaluar el peligro en la mora NEIRA PENA y PLANCHADELL GARGALLO no ven inconveniente. “La configuración legal del periculum in mora facilita que puedan incluirse en el algoritmo los distintos presupuestos legalmente previstos (riesgo de fuga, gravedad de la pena, riesgo de reiteración delictiva, riesgo de destrucción de pruebas) de forma que cuando los mismos concurren la máquina “recomiende” la adopción de la medida cautelar persona más adecuada.”²⁰ El juicio de los propios juzgadores trae consigo sesgos y el uso de sistemas de IA podría compensarlos en la construcción del algoritmo y en la selección de datos²¹ En el mismo sentido, PLANCHADELL GARGALLO considera que “la objetivación de dichos riesgos a través de algoritmo podría ser de utilidad para el órgano jurisdiccional, permitiéndole tomar la decisión más ponderada y proporcional posible a la situación concreta en que deba decidirse.”²²

18 Ibidem, p. 1907

19 Ibidem, p. 1908.

20 PLANCHADELL GARGALLO, A.: “Inteligencia Artificial y medidas cautelares”, en AA. VV.: *Justicia algorítmica y neuroderecho. Una mirada multidisciplinar*, (coord. por S. BARONA VILAR), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 410.

21 NEIRA PENA, A. M.: “Inteligencia Artificial”, cit., p. 1913

22 PLANCHADELL GARGALLO, A.: “Inteligencia Artificial”, cit., p. 410.

Las decisiones deberán tomarse “respetando el principio de legalidad y asegurando la transparencia del proceso valorativo y decisorio, el cual ha de desarrollarse de modo individualizado, atendiendo a las circunstancias particulares del caso concreto y de quienes sufren tales restricciones de derechos, lo que implica, en último término, que la decisión final, más o menos influida por la máquina, ha de ser tomada por aquel individuo en que se ha depositado la potestad jurisdiccional de forma exclusiva y excluyente, que no es otro que el juez.”²³

II. VIOGÉN Y ALGORITMIZACIÓN DEL RIESGO DE REINCIDENCIA.

Deviene necesario explicar, de manera muy breve el funcionamiento de la herramienta VIOGEN para, en los siguientes apartados poder valorar críticamente su futura incorporación como una suerte de diligencia pericial que pueda emplear el juzgador en la motivación de la adopción de medidas cautelares.²⁴ Esta herramienta nació el año 2007 como materialización del mandato de los artículos 31.3 y 32 de la LOVG.²⁵ VIOGEN es, sin lugar a duda, el algoritmo más desarrollado de cuántos utilizan nuestras fuerzas y cuerpos de seguridad. Este algoritmo se ha desarrollado desde la SES del Ministerio del Interior. Su protocolo permite que los agentes valoren el riesgo que tiene una mujer que ya ha denunciado de sufrir una nueva agresión por parte de su pareja o expareja. En función del riesgo que le asigne el algoritmo, el protocolo contempla la adopción de determinadas medidas de protección policial para evitar la reincidencia gestionando el riesgo. La policía predictiva, por tanto, debe ir acompañada de intervenciones de algún tipo.²⁶

Entre los objetivos generales de VIOGEN se encuentra el “facilitar la labor preventiva, emitiendo avisos, alertas y alarmas, a través de un subsistema de notificaciones automatizadas, cuando se detecte alguna incidencia o acontecimiento que pueda poner en peligro la integridad de la víctima.”²⁷ Con ello, la policía tomará una serie de medidas dirigidas a garantizar la seguridad de la víctima. Más tarde, el formulario VIOGEN formará parte de aquellas diligencias que el juzgador tendrá en cuenta en la audiencia del artículo 544ter. Pero es precisamente el hecho de tomar una decisión de actuar de determinado modo después de obtener una valoración de riesgo lo que hace que nunca sepamos lo acertada que fue esa predicción. Supongamos que un algoritmo da un riesgo muy alto a una mujer víctima de

23 NEIRA PENIA, A. M.: “Inteligencia Artificial”, cit., p. 1927.

24 Respecto del sistema VIOGEN, escribí previamente un artículo más detallado y extenso en: BORGES BLÁZQUEZ, R.: “Inteligencia artificial y perspectiva de género: programar, investigar y juzgar con filtro morado”, *Revista General de Derecho Procesal*, 2021, núm. 55, pp. 1-41.

25 GONZÁLEZ ÁLVAREZ, J. L.: “Sistema de seguimiento integral en los casos de violencia de género (sistema viogén)”, *Cuadernos de la Guardia Civil*, 2018, núm. 56, p. 84.

26 GONZÁLEZ ÁLVAREZ, J. L., SANTOS HERMOSO, J., CAMACHO-COLLADOS, M.: “Policía predictiva en España. Aplicación y retos futuros”, *Behavior & Law Journal*, 2020, vol. 6, núm. 1, pp. 29-30.

27 Guía de Procedimiento 2020 VIOGEN, p. 6.

violencia de género. Por tanto, la policía adopta inmediatamente medidas para evitar que su pareja vuelva a agredirla. Lo contrario, sería inmoral. Así, después de aplicar las medidas la pareja no la agrede. La cuestión que surge es: ¿certó el algoritmo y fueron las medidas las que hicieron que no volviera a agredirla?, ¿o el riesgo no era tal y aún sin medidas la pareja no habría vuelto a agredirla? Hemos aceptado no conocer la efectividad real de la predicción a cambio de la protección de las víctimas.

Haciendo uso de la información disponible y con el objetivo de facilitar a los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado sus decisiones en materia de protección de víctimas refieren GONZÁLEZ ÁLVAREZ, SANTOS HERMOSO y CAMACHO-COLLADOS que se programó un mecanismo dual y transparente para los agentes que funciona del siguiente modo: cuando un policía recibe una denuncia por violencia de género cumplimenta la VPR. Tras la cumplimentación, el sistema VIOGEN aplica su primer algoritmo y calcula el riesgo de reincidencia que presenta el caso en ese momento pero no muestra el resultado todavía. Seguidamente, con la misma información calcula el riesgo de feminicidio utilizando el segundo de sus algoritmos. Si aparece riesgo mortal, se incrementa en un nivel el riesgo de reincidencia que se va a mostrar a los agentes junto con una alerta de riesgo de feminicidio que quedará reflejada en el atestado policial.²⁸ Respecto de la transparencia, como más adelante se verá, se ha criticado que VIOGEN no resulta tan transparente como sus creadores consideran ya que desconocemos el código fuente.²⁹

La estabilidad y acierto de los pronósticos dependerá de si el episodio violento lo producen factores muy estáticos con una perspectiva futura poco modificable y, consecuentemente, un riesgo muy estable. O si, en cambio, se produce en presencia de circunstancias cambiantes y dependientes de las situaciones con pronósticos más sensibles a cualquier cambio y que solo se pueden anticipar mediante la evaluación de factores de riesgo dinámicos.³⁰ Además, el agente policial no tiene por qué aceptar sin más la evaluación del formulario, puede modificar el riesgo justificando los motivos de su actuación.³¹ “Es importante señalar que, en todos los casos, la estimación del riesgo no descansa en una mera máquina, sino que el Sistema permite que los agentes policiales, que son los que mejor conocen los casos por

28 GONZÁLEZ ÁLVAREZ, J. L., SANTOS HERMOSO, J., CAMACHO-COLLADOS, M.: “Policía predictiva”, cit., p. 33.

29 Cito expresamente el segundo resultado de la Auditoría Externa de VioGén: “VioGén no ha sido evaluado ni auditado de forma independiente. Los recursos y las encuestas al alcance público sobre la validez y la conveniencia de VioGén han sido realizados por personas que trabajan o tienen intereses en el ministerio y las fuerzas policiales. Los auditores o investigadores externos no tienen ninguna vía oficial o pública para acceder a los datos, y el acceso parece ser proporcionado por el Ministerio a su discreción”. *ÉTICAS, Auditoría Externa del Sistema VioGén*, Fundación Ana Bella, 2022, p. 34.

30 LÓPEZ-OSSORIO, J. J., GONZÁLEZ ÁLVAREZ, J. L.; ANDRÉS PUEYO, A.: “Eficacia predictiva de la valoración policial del riesgo de la violencia de género”, *Psychosocial Intervention*, núm. 25, 2016, p. 3.

31 *Ibidem*, p. 7.

haberlos investigado en profundidad, puedan corregir el resultado automático del protocolo de valoración de riesgo cuando cuenten con información que así lo aconseje. (...) Así, al final de cada valoración policial de riesgo el Sistema VIOGEN resume las respuestas señaladas y pregunta por la conformidad del agente con el resultado automático, permitiendo que el usuario manifieste su desacuerdo y asigne el nivel de riesgo que él considera más apropiado, facilitando sus razones, permitiendo así el perfeccionamiento del Sistema.”³² Aunque en el 95% de los casos el personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad está de acuerdo con el riesgo asignado, existe la posibilidad de reasignación.³³

A continuación vamos a explicar las diversas herramientas que componen VIOGEN por separado pues “cada una de estas herramientas funciona de manera autónoma, tienen sus propios factores de riesgo y su propio algoritmo matemático para la estimación final del nivel de riesgo.” Además aunque sea una posibilidad con un uso anecdótico, esta “estimación policial del riesgo no descansa únicamente en el algoritmo matemático derivado de la investigación científica, sino que el Sistema permite que los agentes policiales puedan corregir, al alza, el resultado automático del protocolo, cuando cuenten con información que así lo aconsejen (Metodología Actuarial Ajustada)”³⁴.

I. VPR y VPER.

El sistema de valoración del riesgo tiene en cuenta dos factores y como interactúan. Por un lado, la peligrosidad del agresor. Por otro, la vulnerabilidad de la víctima. Es la interacción de ambos factores la que nos ofrecerá el riesgo real del que debemos proteger a la víctima. Un mismo nivel de peligrosidad por parte del agresor puede dar resultados de riesgo diversos dependiendo de lo sumisa o empoderada que sea “su” víctima.

En España la valoración del riesgo se realiza mediante dos formularios (VPR y VPER) distintos pero complementarios. Este protocolo se implementa en un sistema informático en línea que conecta miles de usuarios de forma simultánea y multiagenda pues todos los entornos que se ocupan del seguimiento de las víctimas tienen acceso (policial, judicial, penitenciario y social).³⁵ El primer formulario “ayuda

32 GONZÁLEZ ÁLVAREZ, J. L., LÓPEZ-OSSORIO, J. J., MUÑOZ RIVAS, M.: “La valoración policial del riesgo de violencia contra la mujer pareja en España- Sistema VioGén”, 2018, p. 56.

33 GONZÁLEZ ÁLVAREZ, J. L., LÓPEZ-OSSORIO, J. J., URRUELA, C., RODRÍGUEZ-DÍAZ, M.: “Integral Monitoring System in Cases of Gender Violence VioGén System”, *Behavior & Law Journal*, 2018, num. 4(1), p. 37. Se obtuvo un elevado porcentaje de coincidencia (90,7%) en un estudio de casos registrados entre octubre y noviembre de 2016 con una muestra de 7.147 casos de seguimiento durante diez meses realizado para revisar el funcionamiento del sistema. LÓPEZ-OSSORIO, J. J., LONAIZ, I., GONZÁLEZ ÁLVAREZ, J. L.: “Protocol for the police gender violence risk assessment (VPR4.0): Review of its performance”, *Rev Esp Med Legal*, 2019, núm. 45(2), pp. 53-56.

34 Guía de Procedimiento 2020 VIOGEN, pp. 7-8.

35 GONZÁLEZ ÁLVAREZ, J. L., LÓPEZ-OSSORIO, J. J., MUÑOZ RIVAS, M.: “La valoración”, cit., p. 43.

a los agentes a establecer el riesgo de que se repita la violencia a corto plazo en cinco niveles: no apreciado, bajo, medio, alto o extremo.”³⁶ El segundo formulario, permite monitorizar los cambios y mantener actualizada la estimación del riesgo. El VPER solamente contempla dos variables -sin incidente o con incidente- y “se realiza una vez se celebre la vista judicial para resolver la solicitud de Orden de Protección, Alejamiento o la imposición de otras medidas cautelares o, en su caso, el correspondiente Juicio Rápido” para incorporar indicadores de riesgo y de protección sensibles a los escenarios que se abren después de la denuncia.³⁷⁻

La herramienta VPR tiene una sensibilidad del 85% pero una especificidad del 53%³⁸ siendo una sensibilidad aceptable para confiarle las decisiones pero no una especificidad, pues su acierto equivale a lanzar una moneda al aire. De todas formas, nunca vamos a ser capaces de conocer su verdadera especificidad porque la adjudicación de un riesgo implica que se pongan en marcha una serie de medidas de protección y esto es esperable que influya en los parámetros de la siguiente valoración.

2. VPR 5.0-H. La valoración del riesgo de violencia mortal.

La valoración del riesgo de violencia mortal fue abordada en nuestro país tras la creación del Equipo Nacional de Revisión Pormenorizada de Homicidios por violencia de género. Parte de su éxito se debe a que se implicaron todas las instituciones gubernamentales que tenían responsabilidades en la materia (SES, Ministerio del Interior, Fiscalía, Delegación del Gobierno para la violencia de género, y el Observatorio contra la violencia doméstica y de género del CGPJ). Revisaron casos de diferentes años y de todo el territorio nacional con el objetivo de obtener una muestra lo suficientemente grande y representativa a nivel estadístico y territorial (víctima de violencia de género en entornos urbanos, en grandes urbes, en pequeñas ciudades, en entornos rurales, en pueblos, etc).³⁹ De los 60 feminicidios de media que se registran año tras año en nuestro país, en los años 2006 a 2019 solo el 26% contaban con denuncia previa. Esto puede deberse a que la víctima no quiso denunciar previamente a su agresor o a que no existían episodios previos al asesinato. Para poder realizar un análisis completo, se generaron VPR por parte de los equipos de revisión de aquellos feminicidios que no contaban con denuncia previa. Además, pudo comprobarse que los factores que utilizamos para predecir el riesgo de reincidencia no mortal no servían para predecir los feminicidios y viceversa. Esta conclusión era esperable ya que la bibliografía científica venía apuntando que la violencia mortal y no mortal en la

36 *Ibidem*, pp. 52 y 59.

37 *Ibidem*, pp. 61-63.

38 LÓPEZ-OSSORIO, J. J., GONZÁLEZ ÁLVAREZ, J. L.; ANDRÉS PUEYO, A.: “Eficacia predictiva”, cit., pp. 1-7.

39 GONZÁLEZ ÁLVAREZ, J. L., SANTOS HERMOSO, J., CAMACHO-COLLADOS, M.: “Policía predictiva”, cit., p. 32.

pareja pueden ser fenómenos diferentes asociados, por tanto, a circunstancias diferentes.⁴⁰

Los resultados positivos⁴¹ hicieron que esta escala se incluyese en el formulario de valoración del riesgo desde marzo de 2019. Así, este formulario tiene dos escalas diferentes: la primera (VPR), para estimar los riesgos de reincidencia con cinco niveles (no apreciado, bajo, medio, alto y extremo). La segunda (VPR 5.0-H), para apreciar el riesgo de feminicidio con dos niveles (bajo y alto).⁴² Más adelante, se repite la valoración del riesgo de reincidencia (VPER) para aumentar la especificidad del instrumento.

III. FALENCIAS DEL SISTEMA VIOGEN.

Considero que VIOGEN debería modificar una serie de cuestiones si queremos convertirla en una verdadera herramienta algorítmica para el auxilio del juzgador en la decisión de toma de decisiones. Además, parece ser que el Ministerio del Interior está considerando incorporar una herramienta de “Machine Learning” al sistema VIOGEN. Esto no ha sido confirmado oficialmente pero “en diciembre de 2020 la empresa software SAS anunció que el Ministerio del Interior y la Unidad de Violencia de Género habían llegado a un acuerdo con SAS para incorporar la analítica de datos y lo que se ha denominado el “agente digital” para automatizar y agilizar ciertos procesos con el fin de aumentar la protección.”⁴³

Sin intención de adelantar mis conclusiones, considero que ninguna herramienta de “Machine Learning” debería tener, con la constitución en la mano, la posibilidad de decidir respecto de la necesidad de una medida cautelar. Esta cuestión atentaría contra el derecho de defensa, al perder el hilo conductor y no poder conocer cómo se ha extraído dicho resultado. El tan manido ejemplo del caso Loomis a propósito del uso de COMPAS⁴⁴ que en este trabajo no vamos a tratar. Por tanto, en las próximas páginas, trataremos la posibilidad de convertir VIOGEN en una verdadera herramienta de valoración del “periculum in mora” como sistema actuarial. Aunque hoy en día los juzgadores hacen uso del sistema VIOGEN, la realidad es que no nació para el cálculo del “periculum in mora” sino como protocolo de valoración policial del riesgo de reincidencia. Si de verdad queremos otorgarle la capacidad de elemento decisorio del “periculum in mora” como

40 *Ibidem*, p. 33.

41 Esta herramienta presentó una sensibilidad de .81 y una especificidad de .61, un área bajo la curva de .81 y un valor predictivo positivo de .19 y un valor predictivo negativo de .97.

42 GONZÁLEZ ÁLVAREZ, J. L., SANTOS HERMOSO, J., CAMACHO-COLLADOS, M.: “Policía predictiva”, cit., p. 33.

43 ÉTICAS, *Auditoría Externa*, cit., p. 7.

44 Sobre este tema he escrito previamente. Puede leerse: BORGES BLÁZQUEZ, R.: “La inteligencia artificial en el proceso penal y el ¿regreso? de Lombroso”, en AA. VV.: *Justicia algorítmica y neuroderecho. Una mirada multidisciplinar*, (coord. por S. BARONA VILAR), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 157-182.

instrumento empleado por el juzgador, coincido con NEIRA PENA en que el principio de legalidad exigiría de una previsión normativa donde la ley especificase para qué tipo de riesgos emplearíamos el sistema, con qué límites y qué garantías de transparencia y contradicción le exigimos.⁴⁵

I. La estandarización de las preguntas a las víctimas: fortaleza y debilidad.

El sistema VIOGEN ha estandarizado una serie de preguntas que se haría a las víctimas por medio de una evaluación clínica no estructurada. Por un lado, tiene la ventaja de incluir preguntas que, tal vez, el agente que toma los datos de la denuncia, obvia por falta de formación en género o por no considerarlas importantes. Pero por otra parte, esta virtud puede convertirse en defecto si la estandarización nos impide fijarnos en el caso concreto. Conscientes de lo abiertas que pueden resultar las preguntas, el propio ministerio del interior desarrolla una guía de procedimiento sobre el Protocolo de Valoración Policial del Riesgo y Gestión de la Seguridad de las víctimas de Violencia de Género donde da indicaciones sobre qué debe tenerse en cuenta respecto de cada indicador así como qué debe hacer el agente en caso de duda.⁴⁶ Una buena intervención previa es clave para que la mujer proporcione al agente “información útil y de forma espontánea” y si tras el discurso de la víctima el agente necesitase aclarar algún extremo podría preguntar a la víctima cuando lo considere conveniente y de forma flexible.⁴⁷

Pero VIOGEN no solo estandariza las preguntas, también trata de objetivar el riesgo puesto que las víctimas no siempre son capaces de valorar objetivamente su riesgo. En este sentido, la AP de Madrid: “la orden de protección “está ideada para proteger cuando existe una situación de riesgo objetivo, que lógicamente no puede residenciarse únicamente en la manifestación de temor de la denunciante, ni en la posibilidad meramente teórica de que sufra una agresión o amenaza, sino que debe poder efectuarse un juicio de prognosis positivo de probable reiteración delictiva” y en el caso de autos, con los datos obrantes en la causa, se carece de indicios suficientes para ello (AAP Madrid, Sección 26, núm. 782/2017, de 21/06, y Sección 27, núm. 1349/2012, de 18/10, núm. 1264/2012, de 1/10, núm. 1963/2004, de 2/07, núm. 1135/2012, de 1/08, y núm. 244/2012, de 27/02)”.⁴⁸ Reflexiona así la Audiencia respecto de la percepción de peligro de la víctima, subjetiva, y el riesgo objetivo merecedor de medidas de protección.

Así, que el juzgador disponga de un cuestionario de cribado rápido de responder (actualmente son menos de 40 preguntas) donde se enmarcan los

45 NEIRA PENA, A. M.: “Inteligencia Artificial”, cit., p. 1920.

46 Por ejemplo, en caso de duda entre dos niveles recomienda aplicar el nivel más alto y si el agente no está conforme con la valoración puede modificarla subiendo el riesgo, pero nunca bajándolo.

47 Guía de Procedimiento 2020 VIOGEN, p. 13.

48 AAP M 8 marzo 2023 (ECLI:ES:APM:2023:689A), pp. 4-5.

principales riesgos a los que se enfrenta una mujer víctima de violencia de género en el ámbito de la pareja se convierte, por un lado, en fortaleza por facilitar la objetivación del riesgo. No obstante, si no se realiza una posterior valoración junto con otros elementos concurrentes y motivación judicial podría convertirse en debilidad al correr el riesgo de obviar u olvidar elementos del riesgo específicos de una víctima en concreto.

2. La falta de transparencia.

La forma de argumentar con y contra la predicción de un algoritmo es cuestionar la exactitud de los datos de entrada. La forma en que los algoritmos calculan los datos necesita del mismo escrutinio que la calidad de los datos en sí mismos.⁴⁹ A este respecto, las auditorías de datos⁵⁰ por agencias de protección de datos en manos del sector público y realizadas por trabajadores formados en la materia pueden servir para reducir sesgos. Como afirma COTINO HUESO, “hay que apostar por herramientas de IA para controlar a la propia IA. (..) La cuestión última es la de cómo controlar al controlador. Habrá que aplicar los principios éticos y la normativa y poder monitorear a las propias tecnologías de control.”⁵¹ Como se ha adelantado previamente, VIOGEN no es transparente. Refiere la auditoría externa de ética que “ni los auditores externos ni los grupos de mujeres tienen ningún tipo de acceso a los datos de VIOGEN. Para un sistema financiado con fondos públicos y de gran impacto (...) es inaceptable.”⁵² Esta falta de transparencia, como indicaré en conclusiones, hace, a mi juicio, que el sistema, hoy en día, no debiera utilizarse como la posible pericial que propongo a lo largo del trabajo. Salvando las distancias, la reflexión sería similar a la que se ha realizado en diversos estudios respecto del sistema COMPAS.⁵³ El problema principal del algoritmo COMPAS es su falta de transparencia que imposibilita el derecho de defensa al no poder argumentar contra la máquina a qué se debe el riesgo de reincidencia.

3. La atribución de responsabilidad.

Aunque se supone que los agentes de policía deben validar o modificar la puntuación de VIOGEN, la realidad práctica nos muestra que el 95% de éstos

49 WASHINGTON, A. L.: “How to argue with an algorithm: lessons from the Compas-Propublica debate”, *Colo. Tech. L.J.*, 2019, vol. 17, núm. 1, p. 134.

50 Excede del objeto de este trabajo, pero de imprescindible lectura: MCGREGOR, L., MURRAY D., NG, V., “International Human Rights Law as a Framework for Algorithmic Accountability”, *ICLQ*, 2019, vol. 68, pp. 309-343.

51 COTINO HUESO, L.: “Big data e inteligencia artificial. Una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales”, *DILEMATA*, 2017, núm. 24, pp. 42-43.

52 ÉTICAS, *Auditoría Externa*, cit., p.34.

53 Excede del objeto del trabajo, puede leerse: MARTÍNEZ GARAY, L.: “Peligrosidad, Algoritmos y Due Process: el Caso State v Loomis”, *Revista de Derecho Penal Y Criminología*, 2018, núm. 20, pp. 485-502. MARTÍNEZ GARAY, L., MONTES SUAY, F.: “El uso de valoraciones del riesgo de violencia en Derecho Penal: algunas cautelas necesarias”, *InDret*, 2018, núm. 2.

acepta la puntuación.⁵⁴ Actuando así el sistema pasa de recomendar a, de facto, ser el decisor de las medidas de protección. Esta cuestión pudo haberla resuelto la AN a propósito de su sentencia de 30 de septiembre de 2020 indicando quién debe responder por un fallo en la valoración del riesgo, pero, como pasaremos a explicar, no entró a fijar las responsabilidades exactas de cada uno de los agentes implicados.

Con fecha 30 de septiembre la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha condenado al Ministerio del Interior por la deficiente protección que la Guardia Civil otorgó a una mujer que solicitó una orden de protección. Un cuestionario de cribado le otorgó "riesgo bajo". Sin realizar más averiguaciones los agentes calificaron el riesgo como "no apreciado". Y esta misma valoración fue determinante para que también el juzgado denegase la medida de protección a la fallecida. Considera la sala que "la actuación de los agentes ante situaciones de violencia de género no debería quedar limitada a aspectos formales de atención a la denunciante, asistencia, información de derechos y citación a juicio, sino que su actuación exige una atención preferente de asistencia y protección de las mujeres que han sido objeto de comportamientos violentos en el ámbito familiar, a los efectos de prevenir y evitar, en la medida de lo posible, las consecuencias del maltrato".

El problema que surge respecto de la responsabilidad por el hecho es el siguiente: el cuestionario de cribado no apreció un riesgo que, por otra parte, el agente tampoco modificó. El automatismo en el ya indicado 95% de los casos nos muestra la relevancia práctica que tiene un sistema que, en un principio, debería servir de auxilio pero nunca sustituir la valoración personal. La sentencia aprecia un funcionamiento erróneo tanto en el servicio de la Guardia Civil como de la Policía Judicial. La respuesta se limitó a la recogida de datos automatizados, pero no previno la violencia ni reevaluó el riesgo por medio de agentes especializados en su tratamiento y sensibilizados con la lacra de la violencia de género. La sala reconoce el quebrantamiento de la obligación estatal positiva de proteger. Una víctima pidió ayuda y un sistema ajeno al género se la denegó. Existían indicios: su marido tenía antecedentes por maltrato en el país de origen, pero no se comprobaron; la violencia se ejercía delante de los menores e incluso delante de la madre del agresor, pero no se les tomó declaración. Además, las trabajadoras sociales describieron una víctima totalmente sometida, con pánico a su agresor.

La sentencia perdió una ocasión de oro para pronunciarse respecto del sistema de atribución de responsabilidades en el caso concreto, pues pese a reconocer que el sistema ha fallado no establece en qué medida son responsables cada una de las partes implicadas. En el caso de que el sistema VIOGEN pasase a integrar

54 ÉTICAS, *Auditoría Externa*, cit., p. 9.

las medidas cautelares, considero que debería quedar legalmente indicado que es una herramienta de mero auxilio y que, además, por aplicación directa del 117 CE, el juzgador debería estar obligado a motivar por qué acepta la valoración de riesgo ofrecida por el algoritmo o, en cambio, por qué se aleja de ésta. Cualquier otra cuestión se alejaría de la jurisdiccionalidad que trae consigo la decisión sobre la imposición de una medida cautelar penal. En este sentido, “existe una íntima relación entre la motivación judicial entendida en el doble sentido de explicitación del fundamento de Derecho en el que se basa la decisión y, sobre todo, del razonamiento seguido por el órgano judicial para llegar a esa conclusión-, y las circunstancias fácticas que legitiman la adopción de la medida en cuestión”.⁵⁵

IV. BREVE REFLEXIÓN: ¿CUÁNTO PUEDE LA MÁQUINA AYUDAR AL JUEZ EN LA TOMA DE DECISIONES PARA LA CONCESIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES A LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO?

Hoy por hoy no es posible en España el uso de una IA que suplante la decisión del juez. Esto iría en contra de la función jurisdiccional tal y como se encuentra regulada en el artículo 117.3 CE: “El ejercicio de la potestad jurisdiccional de todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”. De este artículo podemos extraer dos conclusiones: la primera, nuestra constitución excluye a otros sujetos o sistemas de la capacidad de juzgar. La segunda, el artículo dice quién debe ejercer la función: jueces y tribunales. Pero no especifica ni cómo ni mediante qué herramientas. Por tanto, el uso de sistemas de IA de manera complementaria actuando como apoyo a la decisión que debe tomar el juzgador y nunca sustituyendo su razonamiento tendrían encaje en nuestro sistema. Comparto con BUENO DE MATA en que el uso de estos sistemas no va dirigido a sustituir al juez, sino en brindarle ayuda a éste, igual que a los abogados y a los demás operadores jurídicos para así avanzar de manera más ágil en la solución del conflicto. Como refiere el autor, aplicar a través de un mapeo de datos y una comparación de casos similares en diferentes bases una tecnología que nos suministre una propuesta de decisión tras una comparación con diferentes indicadores y estadísticas.⁵⁶

De entre todas las IAs la única que, considero, podría emplearse en el proceso penal es la “Soft” IA⁵⁷ con un circuito cerrado. Las redes neuronales no solo

55 *AJPII* 20 mayo 2022 (ECLI:ES:JPII:2022:187), p. 2.

56 BUENO DE MATA, F.: “Macrodatos, Inteligencia Artificial y Proceso: Luces y Sombras”, *Revista General de Derecho Procesal*, 2020, núm. 51, pp. 16-17.

57 Explica BARONA VILAR que La IA débil se programa para una tarea concreta y no es capaz de ir más allá de aquello para lo que originalmente fue programada. En cambio, la IA fuerte es multifuncional y es la que es capaz de sustituir al ser humano ya que responde y actúa como un humano. BARONA VILAR, S.:

son peligrosas si perdiésemos el control sobre ellas, también por el hecho de que la medida cautelar siempre modificará la respuesta. Si utilizásemos una IA de redes neuronales para minimizar el riesgo, dado que siempre vamos a actuar en el proceso penal, podría llegar a aprender que la concesión de medidas minimiza el riesgo sin tener en cuenta el verdadero “periculum in mora”. Siendo así, el algoritmo sería cada vez más y más estricto, pudiendo llegar a considerar que la mejor opción es la prisión provisional porque solo así convierte el riesgo de la víctima en cero. Esto atentaría contra pilares básicos del proceso penal de la responsabilidad por el hecho, la presunción de inocencia, el “in dubio pro reo” y la ponderación de la medida. Considero que la IA en circuito cerrado puede servir para objetivar riesgos y como herramienta de apoyo al juzgador en la toma de decisiones, pero nunca como sustitutivo en sus decisiones. VIOGEN recoge una serie de preguntas que, en cierto modo, objetivan el “periculum in mora”. Estas preguntas surgen de años de experiencia de trabajo con víctimas. Pero la herramienta no es infalible, de hecho, ha tenido diversas correcciones a lo largo de los años donde se han ido actualizando las preguntas.

Respecto de la pregunta inicial sobre si VIOGEN es capaz de valorar el “periculum in mora”, considero que su sistema de evaluación actuarial puede aportar mucho a la decisión respecto de una medida cautelar, pero nunca puede sustituir el juicio profesional del juzgador que es quien, en mi opinión, debería tener la responsabilidad respecto de la decisión. La estandarización de preguntas puede servir como un elemento a tener en cuenta pero, además, el juzgador debería motivar la decisión respecto de la adopción de la medida cautelar. Aunque esta motivación se base en los resultados del sistema VIOGEN, la decisión no puede basarse en la automaticidad actual donde en el 95% de los casos los agentes de policía aceptan la valoración del sistema. El juzgador debería incluir una motivación que no bastaría con la simple remisión al algoritmo, convirtiéndolo en el último responsable respecto de la decisión tomada. Además, esta cuestión debería regularse y reglamentarse para, como indica NEIRA PENA, no afectar al principio de legalidad penal.⁵⁸

Continuando con la necesidad de motivación, observamos como se pronuncia en el mismo sentido la Audiencia Provincial de Bilbao respecto de la prisión provisional: “Con esos condicionantes,⁵⁹ se añade, en tercer lugar, un requisito que atañe a la actividad judicial. La prisión provisional ha de acordarse por medio de un auto motivado. La suficiencia y razonabilidad de la motivación serán el resultado de la ponderación de los intereses en juego (la libertad de una persona

Algoritmización del Derecho y de la Justicia. De la Inteligencia Artificial a la Smart Justice, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 106-107.

58 NEIRA PENA, A. M.: “Inteligencia Artificial”, cit., p. 1920.

59 Se refiere a la necesidad de “*fumus boni iuris*” y “*periculum in mora*”.

cuya inocencia se presume, por un lado, la realización de la administración de la justicia penal y la evitación de hechos delictivos, por otro) a partir de toda la información disponible en el momento en que ha de adoptarse la decisión, de las reglas del razonamiento lógico y del entendimiento de la prisión como una medida de aplicación excepcional. La motivación, en definitiva, exige la expresión del fin constitucionalmente legítimo perseguido con la prisión provisional y el juicio de ponderación con el derecho a la libertad personal. Así lo indica ahora el artículo 506.I LECrim., al señalar que las resoluciones que se dicten sobre la situación personal del imputado adoptarán la forma de auto y el que acuerde la prisión provisional o disponga su prolongación “expresará los motivos por los que la medida se considera necesaria y proporcionada respecto de los fines que justifican su adopción”.⁶⁰ La jurisdiccionalidad de las medidas cautelares trae consigo, por tanto, la necesidad de motivar tras un juicio de ponderación entre libertad y seguridad. Este juicio debe ser realizado por el juzgador tras recibir el resultado del algoritmo pues éste solamente hace una valoración del riesgo de reincidencia pero no incluye las variables de la presunción de inocencia y el “in dubio pro reo”. Son estas variables las que deberá incluir el juez en su argumentación motivada para, valorando conjuntamente el resultado del algoritmo junto con el resto de diligencias practicadas, motivar qué medida cautelar adoptar.

Además, los algoritmos pueden ayudarnos, por un lado a sistematizar e interpretar contextualmente toda la información relevante para el caso⁶¹ y, precisamente respecto de la variabilidad de las decisiones cautelares, “los sistemas de IA, como colectores de datos pueden servir para mantener actualizado el nivel de riesgo, o incluso como sistema de alerta ante cambios en las circunstancias iniciales que motivaron la decisión cautelar, siempre que los datos de que se nutren se mantengan actualizados y el algoritmo sea utilizado con esta funcionalidad con los órganos jurisdiccionales”⁶² tras su oportuna motivación del cambio de circunstancias.⁶³ A este respecto, para que el algoritmo funcionase correctamente, el juzgador debería tener acceso al sistema de volcado de datos para poder ir modificando las respuestas a las preguntas dependiendo de la variabilidad de las circunstancias.

Por último, disponemos de las preguntas que se hacen a VIOGEN, pero no del valor que se otorga a cada una. Si transformamos el sistema de ser un protocolo para la seguridad de las víctimas para convertirse en un integrante directo del

60 AAP BI 26 Junio 2021 (ECLI:ES:APBI:2021:1172A), p. 3

61 NEIRA PENA, A. M.: “Inteligencia Artificial”, cit., 1913

62 Ibidem, 1918.

63 Para ejemplo un botón, en el propio auto donde la AP de Madrid deniega la concesión de una orden de protección, ésta indica que: “Lo anterior no obsta para que, llegado el caso, y ante nuevos datos, y/o sobrevenidas circunstancias, pudieran ser incluso solicitadas, de conformidad con lo previsto en el art. 544 TER II LECRIM, las oportunas medidas de protección.”, AAP M 8 marzo 2023 (ECLI:ES:APM:2023:689A) p. 5

“periculum in mora” cautelar penal urge más si cabe la transparencia del algoritmo para poder entender por qué ha tomado la decisión así como poder atacar la decisión si no estamos de acuerdo ya que, en la actualidad, desconocemos el valor ponderado que el sistema otorga a cada una de sus variables y cómo interactúan entre sí.

BIBLIOGRAFÍA

BARONA VILAR, S.: "Prisión provisional: 'solo' una medida cautelar (Reflexiones ante la doctrina del TEDH y del TC, en especial de la STC 46/2000, 17 febrero)", *Actualidad Penal*, 2000, núm. 42, pp. 891-911.

BARONA VILAR, S.: *Algoritmización del Derecho y de la Justicia. De la Inteligencia Artificial a la Smart Justice*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

BARONA VILAR, S.: *Medidas cautelares en el proceso penal*, Prontuario de Derecho Procesal 3, Honduras, 2015.

BARONA VILAR, S.: "¿Una nueva concepción expansiva de las medidas cautelares en el proceso penal?", *Revista del Poder Judicial*, 2006, núm. especial 19, pp. 237-264.

BORGES BLÁZQUEZ, R.: "Obligaciones estatales positivas de prevención y medidas de protección civiles para víctimas de violencia doméstica y de género. Una apuesta a favor de su regulación", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, núm. 13, pp. 898-929.

BORGES BLÁZQUEZ, R.: "La inteligencia artificial en el proceso penal y el ¿regreso? de Lombroso", en AA. VV.: *Justicia algorítmica y neuroderecho. Una mirada multidisciplinar*, (coord. por S. BARONA VILAR), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 157-182.

BORGES BLÁZQUEZ, R.: "Inteligencia artificial y perspectiva de género: programar, investigar y juzgar con filtro morado", *Revista General de Derecho Procesal*, 2021, núm. 55, pp. 1-41.

BUENO DE MATA, F.: "Macrodatos, Inteligencia Artificial y Proceso: Luces y Sombras", *Revista General de Derecho Procesal*, 2020, núm. 51, pp. 1-31.

COTINO HUESO, L.: "Big data e inteligencia artificial. Una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales", *DILEMATA*, 2017, núm. 24, pp. 131-150.

DE URBANO CASTILLO, E.: "El alejamiento del agresor, en los casos de violencia familiar", *La Ley*, 2001, núm. 5248.

ÉTICAS, *Auditoría Externa del Sistema VioGén*, Fundación Ana Bella, 2022.

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, J. L.: "Sistema de seguimiento integral en los casos de violencia de género (sistema viogén)", *Cuadernos de la Guardia Civil*, 2018, núm. 56, pp.83-102.

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, J. L., LÓPEZ-OSSORIO, J. J., URRUELA, C., RODRÍGUEZ-DÍAZ, M.: "Integral Monitoring System in Cases of Gender Violence VioGén System", *Behavior & Law Journal*, 2018, num. 4(1), pp. 29-40.

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, J. L., LÓPEZ-OSSORIO, J. J., MUÑOZ RIVAS, M.: "La valoración policial del riesgo de violencia contra la mujer pareja en España- Sistema Viogén", 2018.

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, J. L., SANTOS HERMOSO, J., CAMACHO-COLLADOS, M.: "Policía predictiva en España. Aplicación y retos futuros", *Behavior & Law Journal*, vol. 6, núm. 1, 2020, pp. 26-41.

LÓPEZ-OSSORIO, J. J., LONAIZ, I., GONZÁLEZ ÁLVAREZ, J. L.: "Protocol for the police gender violence risk assessment (VPR4.0): Review of its performance", *Rev Esp Med Legal*, 2019, núm. 45(2), pp. 52-58.

LÓPEZ-OSSORIO, J. J., GONZÁLEZ ÁLVAREZ, J. L.; ANDRÉS PUEYO, A.: "Eficacia predictiva de la valoración policial del riesgo de la violencia de género", *Psychosocial Intervention*, 2016, núm. 25, pp. 1-7.

MARTÍNEZ GARAY, L.: "Peligrosidad, Algoritmos y Due Process: el Caso State v Loomis", *Revista de Derecho Penal Y Criminología*, 2018, núm. 20, pp. 485-502.

MARTÍNEZ GARAY, L., MONTES SUAY, F.: "El uso de valoraciones del riesgo de violencia en Derecho Penal: algunas cautelas necesarias", *InDret*, 2018, núm. 2.

MCGREGOR, L., MURRAY D., NG, V., "International Human Rights Law as a Framework for Algorithmic Accountability", *ICLQ*, 2019, vol. 68, pp. 309-343.

NEIRA PENA, A. M.: "Inteligencia Artificial y tutela cautelar. Especial referencia a la prisión provisional", *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, 2021, vol. 7, num. 3, pp. 1897-1933.

PLANCHADELL GARGALLO, A.: "Inteligencia Artificial y medidas cautelares", en AA. VV.: *Justicia algorítmica y neuroderecho. Una mirada multidisciplinar*, (coord. por S. BARONA VILAR), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 389-419.

SERRANO HOYO, G.: "Algunas cuestiones procesales que plantea la Orden de Protección de las víctimas de la violencia doméstica", *Anuario de la Facultad de Derecho*, 2004, pp. 69-104.

VAN DER AA, S., NIEMI, JOHANNA; S., LORENA; FERREIRA, A., BALDRY, A., "Mapping the legislation and assessing the impact of Protection Orders in the European member states", *Daphne*, 2015.

WASHINGTON, A. L.: "How to argue with an algorithm: lessons from the Compas-Propublica debate", *Colo. Tech. L.J.*, 2019, vol. 17, núm. 1, pp. 131-160.