

INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y PROCESO JUDICIAL: PERSPECTIVAS TRAS UN ALTO TECNOLÓGICO EN EL CAMINO

Por

JORDI NIEVA-FENOLL
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de Barcelona

jordinieva@ub.edu

Revista General de Derecho Procesal 57 (2022)

RESUMEN: Aunque últimamente que se está hablando de inteligencia artificial aplicada al proceso judicial, se está detectando una lentitud considerable en la introducción de esta tecnología, que puede deberse a un parón tecnológico ajeno al Derecho, así como a las dificultades enormes de comunicación entre juristas y programadores, más allá de la falta de estudios de campo sobre la jurisprudencia que facilitarían la implementación de las diversas herramientas en varias fases del proceso. En este trabajo se apuntan los sectores prioritarios de aplicación de la inteligencia artificial en la Justicia y se describe cómo sería un posible futuro.

PALABRAS CLAVE: predicción del riesgo, ODR, prueba, automatización

SUMARIO: 1. Introducción: los parones de la ciencia. 2. Avances en la automatización de procedimientos. 3. Uso amplio de inteligencia artificial en la preparación de escritos judiciales. 4. Inteligencia artificial y prueba. 5. Inteligencia artificial y predicción del riesgo. 6. Inteligencia artificial y ODR. 7. Un posible futuro.

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND JUDICIAL PROCESS: SOME PERSPECTIVES AFTER A TECHNOLOGICAL STOP ON THE ROAD

SUMARIO: 1. Introduction: science stoppages. 2. Advances in the automation of procedures. 3. Wide use of artificial intelligence in the preparation of judicial documents. 4. Artificial intelligence and evidence. 5. Artificial intelligence and risk assessment. 6. Artificial intelligence and ODR. 7. A possible future.

ABSTRACT: Although lately there has been some debate about artificial intelligence applied to the judicial process, considerable slowness has been detected in the introduction of this technology, which may be due to a technological stoppage that has nothing to do with Law, as well as enormous difficulties in the communication between jurists and programmers and lack of field studies on case law that would facilitate the implementation of the various tools in different phases of the judicial process. In this paper, the priority sectors for the application of artificial intelligence in Justice are pointed out and a possible future is described.

KEYWORDS: Risk Assessment, ODR, Evidence, Automation

1. INTRODUCCIÓN: LOS PARONES DE LA CIENCIA

Hace un cierto tiempo que puede detectarse que pese a la enorme expectación suscitada por la posibilidad de introducir la inteligencia artificial, en sus diferentes variedades y herramientas, en los procesos judiciales¹, el balance es más bien escaso a día de hoy. Está costando mucho automatizar los procedimientos, las herramientas de predicción de riesgo funcionan de manera defectuosa², las investigaciones policiales con herramientas de reconocimiento facial están arrojando todavía demasiados errores³ - detectados incluso por Facebook⁴-, los ODR con inteligencia artificial no parecen estar avanzando realmente más allá de respuestas automáticas de algunas plataformas de reclamaciones absolutamente previsibles⁵, y no se están aplicando las ventajas de la

¹ La literatura científica es hoy ya recurrente sobre el tema. Partiendo de los primeros estudios de BONET NAVARRO, José, “La tutela judicial de los derechos no humanos. De la tramitación electrónica al proceso con robots autónomos”, *Revista CEFLegal*, n. 208 (mayo 2018), pp. 77 y ss, y NIEVA FENOLL, J., *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Madrid 2018, se han sucedido en los últimos años un sinfín de trabajos sobre la cuestión. Por citar sólo algunos, RE, R.M. / SOLOW-NIEDERMAN, A., “Developing Artificially Intelligent Justice”, 22 *Stan. Tech. L. Rev.* 2019, pp. 242 y ss. GIAMPIERO, L., “Regulating (Artificial) Intelligence in Justice: How Normative Frameworks Protect Citizens from the Risks Related to AI Use in the Judiciary”, *European Quarterly of Political Attitudes and Mentalities*, 8(2), 2019, pp. 75 y ss, <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-62463-8> (consultado a 27-12-2021). RIGANO, C., “Using Artificial Intelligence to Address Criminal Justice Needs”, *NIJ Journal*, n. 280 enero 2019, pp. 1 y ss. CUI, Y. *Artificial Intelligence and Judicial Modernization*, Springer 2020. QUATTROCOLO, S., *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings*, Springer 2020. SOURDIN, Tania, *Judges, Technology and Artificial Intelligence, The Artificial Judge*, Cheltenham 2021. FORREST, Katherine B., *When Machines Can Be Judge, Jury, and Executioner. Justice in the Age of Artificial Intelligence*, Singapur 2021. Barona Vilar, Silvia, *Algoritmización del Derecho y de la Justicia. De la Inteligencia Artificial a la Smart Justice*, Valencia 2021. SOURDIN, Tania, MEREDITH, Jacqueline, LI, Bin, *Digital Technology and Justice. Justice Apps*, London 2020. SINGH, Nishant, *AI and Justice*, New Delhi 2021.

² LARSON, Jeff / MATTU, Surya / KIRCHNER, Lauren / ANGWIN, Julia, “How We Analyzed The Compas Recidivism Algorithm”, *Propublica*, 23-5-2016, <https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm> (consultado a 27-12-2021). DRESSEL, Julia / FARID, Hany, “The Accuracy, Fairness, And Limits Of Predicted Recidivism”, *Science Advances*, 17-1-2018, <http://advances.sciencemag.org/content/4/1/eaao5580.full> (consultado a 27-12-2021). BERK, R., HEIDARI, H., JABBARI, S., KEARNS, M., ROTH, A., “Fairness in Criminal Justice Risk Assessments: The State of the Art”, *Sociological Methods & Research*, feb. 2021, Vol. 50, issue 1, pp. 3 y ss.

³ EDMON, G., WHITE, D., TOWLER, A., SAN ROQUE, M., KEMP, R., “Facial Recognition and Image Comparison Evidence: Identification by Investigators, Familiars, Experts, Super-recognizers and algorithms”, *Melbourne University Law review*, 2021, 45(1), pp. 47-50. HONG CHEN, LIWEI GENG, HONGDONG ZHAO, CUIJIE ZHAO, AIYONG LIU, “Image recognition algorithm based on artificial intelligence”, *Neural Computing and Applications*, 2021.

⁴ DE CHANT, T. “Facebook to stop using facial recognition, delete data on over 1 billion people”, *Ars Technica*, 11-2-2021, <https://arstechnica.com/tech-policy/2021/11/after-tagging-people-for-10-years-facebook-to-stop-most-uses-of-facial-recognition/>

⁵ Vid. el errático funcionamiento de la plataforma la resolución de litigios en línea de la Unión Europea: <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/index.cfm?event=main.home2.show&lng=ES> (consultado a 27-12-2021). Sobre la misma, Valbuena González, F. “La plataforma europea de resolución de litigios en línea (ODR) en materia de consumo”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 52, 2015, pp. 987 y ss.

inteligencia artificial a campos como la prueba, o incluso a fases procedimentales relativamente sencillas en la enorme mayoría de los casos, como la ejecución en el proceso civil.

¿Por qué se está operando con semejante lentitud? La respuesta no es evidente. Desde luego, existen diversos factores que explican el retraso, entre ellos el económico por la falta de inversión debidamente orientada. Pero también cabe detectar las dificultades enormes de poner en contacto a juristas e informáticos a la hora de explicar nuestras necesidades y elaborar los algoritmos de manera conveniente, de modo que no vulneren nuestros derechos fundamentales. Esa es la preocupación principal, muy reiterada, en los diversos documentos que las instituciones de la Unión Europea han ido emitiendo sobre este particular desde 2020⁶, así como la UNESCO en 2021⁷.

A día de hoy, en realidad, sólo parece que los programas que trabajan con selecciones de jurisprudencia y propuestas argumentativas están teniendo un éxito ciertamente remarcable⁸, particularmente en algunos despachos grandes de abogados, que han mejorado notablemente su capacidad de trabajo y respuesta de un modo que detectan algunos seres humanos por la rapidez del producto, pero no, y esto es importante, por la calidad intrínseca u originalidad de la argumentación. Con todo, parece que estas herramientas de elaboración de la argumentación y del lenguaje persuasivo, al menos en la parte jurídica, pueden llegar a ser un lugar muy común bastante antes de lo que pensábamos.

Paralelamente, con una observación más detenida cabe detectar también un cierto parón tecnológico nada desdeñable, cuyas causas no son claras, aunque puede estar derivado de las dificultades inmensas en la construcción de los algoritmos y su “entrenamiento”. Es cierto que en materia de inteligencia artificial, igual que en otros campos, la evolución de la técnica no ha sido lineal, sino que ha dado saltos seguidos de incomprensibles parones. Puede ser que a veces falte el talento necesario para evolucionar más deprisa, o bien incluso que las empresas estén más centradas en la elaboración de algoritmos para recolectar la mayor cantidad de datos posibles para comerciar con ellos, que no en mejorar la herramienta en sí misma para realizar operaciones más complejas.

⁶ Vid. la *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión*. COM/2021/206 final.

⁷ *Proyecto de texto de la recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial*, 41 C/73, pp. 13 y ss.

⁸ Vid., por ejemplo, <https://jurimetria.laleynext.es/content/QueEs.aspx> (consultado a 27-12-2021). Vid. también el proyecto Bidaraciv: <https://www.heraldo.es/noticias/aragon/2020/11/24/la-inteligencia-artificial-saca-argumentos-de-sentencias-con-decenas-de-folios-en-segundos-1406805.html>

Tras el tradicional lenguaje algo falaz en esta materia -*machine learning, deep learning*, redes neuronales, etc- se esconde que lo único que hace la inteligencia artificial es recopilar una enorme cantidad de datos que contrasta con los que ya tiene, pero de manera todavía demasiado defectuosa en su clasificación, sin poder modificar las alternativas de toma de decisión preestablecidas si no es mirando siempre al pasado, a los datos que ya posee. Eso es lo que se denomina “entrenamiento” de la herramienta, y en ese punto radica una de sus principales dificultades. Lo que nos separa a los seres humanos de la máquina no es exactamente nuestra curiosidad, puesto que la IA, con su increíble capacidad de absorción de datos, tiene la más ambiciosa “curiosidad” que pueda imaginarse. Sí nos hace diferentes, en cambio, nuestra creatividad -más allá del criticismo, que también-, que aunque no siempre abunda, no depende sistemáticamente -a diferencia de la IA- de los datos que ya conozcamos. Somos capaces de improvisar. Por ello, el único riesgo a día de hoy que ha intuido la literatura, e incluso científicos como Stephen Hawking en 2014⁹, no es tanto que la máquina nos sustituya, sino que pongamos los medios necesarios para dejarnos sustituir por la máquina, que es muy diferente¹⁰.

El tema es apasionante, pero en este trabajo me voy a ocupar solamente de la aplicación de la inteligencia artificial en materia judicial, en qué medida está usándose de manera efectiva, cuáles son sus perspectivas de futuro y cómo podría afectar a nuestro quehacer cotidiano próximamente.

2. AVANCES EN LA AUTOMATIZACIÓN DE PROCEDIMIENTOS

La experiencia, tan comentada, de Estonia, está resultando algo decepcionante al estar limitada al enjuiciamiento automatizado de pequeñas reclamaciones de cantidad - 7.000 €- y haber evidenciado que no se puede utilizar en casos que se separen de la pauta general y requieran más margen de maniobra¹¹. Por su parte, la experiencia en Argentina es muy limitada -por ahora- a algunos sectores del ámbito administrativo¹², igual que la de EEUU en materia de infracciones de tráfico¹³. Pese a ello, lo cierto es que la automatización de los procedimientos es el campo en el que la inteligencia artificial

⁹ CELLAN-JONES, R., “Stephen Hawking warns artificial intelligence could end mankind”, BBC, 2-12-2014, <https://www.bbc.com/news/technology-30290540>.

¹⁰Cfr. DEEKS, A., “The Judicial Demand for Explainable Artificial Intelligence”, *Columbia Law Review*, vol. 119, n. 7, 2019, pp. 1829 y ss

¹¹ LO, D. “Can AI replace a judge in the courtroom?”, *UNSW Newswire*, 1-10-2021.

¹² TARRICONE, M. “Justicia automatizada, sí o no: cómo funciona el software que ya se usa en CABA”, *Perfil*, 30-9-2020.

¹³SOURDIN, *Judges, Technology and Artificial Intelligence, The Artificial Judge*, cit. p. 129.

tiene hoy por hoy mayor potencial para tener un impacto directo en la vida de los ciudadanos, al acelerar los procesos reduciéndose con ello la litigiosidad. Dicha aceleración no sólo deriva de la rapidez de la máquina y de que pueda trabajar sin descanso, a diferencia de un humano, sino que esa rapidez hará desaparecer los conflictos derivados de la mora dolosa de los muchos deudores que se aprovechaban de las carencias y lentitud del sistema judicial para ganar tiempo.

Como ya se ha detectado en los casos de algunas reclamaciones masivas frente a bancos sobre todo, que han llevado a la discutible decisión de especializar algunos juzgados incluso¹⁴, hay procesos que son idénticos por mucho que cambien las partes, la cuantía de lo reclamado, o incluso algunas circunstancias particulares bastante previsibles en el fondo. Lo mismo sucede con muchos desahucios y otros procedimientos posesorios, y hasta con reclamaciones de cantidad como la práctica totalidad de los procedimientos monitorios.

Se trata de casos que en muchísimas ocasiones carecen de oposición, por lo que pueden ser tramitados de principio a fin de manera automática, como de hecho ya sucede aunque con un increíble dispendio en recursos humanos, usando los tradicionales formularios. Son procedimientos en los que la reclamación es obvia, la falta de respuesta del demandado es sistemática y la resolución del juez absolutamente previsible con la documentación aportada, que prácticamente siempre es la misma o similar. Ocurre casi lo mismo, por cierto, con la ejecución de condenas dinerarias en el ámbito civil. Sólo hay que buscar patrimonio del deudor en las bases de datos, registrales o no, que ya poseemos, y seleccionar de manera automática el bien más realizable en función de los patrones de decisión que le demos al algoritmo, que deben consistir en combinar el máximo provecho para el acreedor con el menor perjuicio posible para el deudor a fin de no dañarle innecesariamente¹⁵, añadiendo un indigente al sistema de manera absurda.

En estas condiciones, no hay razón alguna para que no exista una herramienta de inteligencia artificial que celebre todos esos procedimientos en un tiempo muy reducido, estableciéndose en las leyes una drástica reducción de los plazos y hasta unos patrones de respuesta muy sencillos que ayuden al demandado o incluso a su abogado. Procesos

¹⁴ Vid. v.g. el Acuerdo de 16 de diciembre de 2020, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se atribuye a determinados juzgados, con competencia territorial indicada para cada uno de los casos, de manera exclusiva y excluyente o no excluyente, según los casos, el conocimiento de la materia relativa a las acciones individuales sobre condiciones generales incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias cuyo prestatario sea una persona física. B.O.E. 22-12-2020. Vid. también el Acuerdo de 23-6-2021, B.O.E. 28-6-2021.

¹⁵ Vid. este parámetro en NIEVA FENOLL, J., *Derecho Procesal II, Proceso Civil*, Valencia 2019, p. 456.

que actualmente tardan meses o años en concluir con éxito -o con victorias pírricas- podrían estar definitivamente resueltos en unos diez días como máximo, al reducirse de manera radical el tiempo de respuesta judicial, convirtiéndose en automática y trabajando la herramienta inteligencia artificial durante las 24 horas del día.

Es cierto que ello no será posible en los procesos en que la documentación aportada no sea tan fácilmente analizable por la herramienta, al no entrar en los patrones habituales, o bien que sean los propios abogados o sus clientes quienes intentando dilatar el procedimiento, hagan lo imposible por aportar datos o evidencias que se salgan del patrón. Tal actitud chicanosa podría ser corregida con sanciones que en un primer momento amenazarían con colapsar también el sistema, aunque quizá no tanto si ya se plantean desde un primer momento, consiguiéndose tal vez un eficaz efecto disuasorio acompañado de las debidas explicaciones persuasivas para favorecer que todos los actores colaboren con el sistema, en beneficio de una mejor justicia.

El único problema con todo lo anterior, que no es menor, será la bajada del volumen de trabajo de muchos abogados. Se diga lo que se diga en torno a que la inteligencia artificial va a crear nuevos empleos, lo cierto es que suprimirá modos de trabajo habituales en muchos ámbitos, y este es sin duda uno de ellos¹⁶.

3. USO AMPLIO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA PREPARACIÓN DE ESCRITOS JUDICIALES

Pero como antes indiqué, el campo principal de aplicación de la inteligencia artificial en materia judicial en este momento es el de la elaboración de escritos judiciales, por ahora de los litigantes, pero probablemente en breve también de los tribunales. Igual que ya leemos muchas argumentaciones en las sentencias, perfectamente detectables, fruto del uso abusivo de las bases de datos de jurisprudencia y de la utilización, aún más abusiva, de la herramienta corta-pega, en el futuro vamos a ver una mayor perfección en la elaboración de estas argumentaciones, cada vez con un lenguaje más natural y con redacciones perfectamente correctas desde el punto de vista gramatical.

De momento están funcionando con ayuda humana, tanto en la reconfiguración de los algoritmos como en la selección o alteración de los textos a utilizar en cada caso. Pero aunque así siga siendo durante bastante tiempo, es obvio el salto cualitativo en nuestra labor cotidiana. El avance ha sido posible gracias a los muchos años que llevamos utilizando nuestra primera inteligencia artificial, las bases de datos de jurisprudencia, que

¹⁶ Cfr. SAHOTA, N., "Will A.I. Put Lawyers Out Of Business?", *Forbes*, 9-2-2019. <https://www.forbes.com/sites/cognitiveworld/2019/02/09/will-a-i-put-lawyers-out-of-business/?sh=70b953631f00> (consultado a 27-12-2021). "Will AI Replace Lawyers & Other Myths: Legal AI Mythbusters", *JDSUPRA*, 5-3-2021, <https://www.jdsupra.com/legalnews/will-ai-replace-lawyers-other-myths-1763878/>.

constituyen realmente la única experimentación que nosotros les podemos aportar a los informáticos, a diferencia de lo que sucede en otras ciencias, que justamente por eso avanzan muchísimo más deprisa en esta materia. Disponen de muchísimos datos, que a nosotros se nos hacen inaprehensibles.

¿Puede llegar un momento en que esos datos de nuestros procesos dejen de ser tan resbaladizos? Depende del modelo de juez que pensemos asumir en el futuro, más “humano” o con superior automatismo. Hasta el momento, pese a que la “práctica” sin duda ha usado desde hace incluso siglos un rudimentario sistema de automatismos gracias a los modelos de resolución, la ciencia jurídica procesal ha reservado, de manera bastante inconsciente, un espacio enorme al primer modelo, el humano. Se ha aceptado, por ejemplo, que la valoración de los interrogatorios dependa de la intuición del juez fundándose en la “inmediación”¹⁷, instrumento que casi se ha convertido en una especie de varita mágica para algunas jurisprudencias¹⁸ sin la más mínima referencia a la racionalidad. Sucede algo parecido, en el fondo, con la prueba pericial, dado que el compartir o no las razones del perito, incluso con los criterios Daubert¹⁹, acaba siendo casi una cuestión de fe. Pero no sólo eso, sino que también aceptamos que el juez condene a una persona en un proceso penal cuando su convicción vaya “más allá de toda duda razonable”, sin concretar con precisión desde ese punto de vista epistémico cuándo concurra ese parámetro o estándar probatorio²⁰. Lo mismo exactamente ha sucedido en el proceso civil con la “probabilidad preponderante”²¹. Al final, el juez decide en la sentencia lo que es capaz de motivar de modo que convenza a una mayoría de juristas sobre todo, aunque tantas veces la proximidad de esos juristas con esa convicción del juez se sustenta en impresiones no realmente explicables. Simplemente

¹⁷ HENKE, Host-Eberhard, “Rechtsfrage oder Tatfrage - eine Frage ohne Antwort?” *ZZP*, 81, 3-4, 1968, p. 323 y ss. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, “Presunción de inocencia, “in dubio pro reo” y recurso de casación”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1988, pp. 29 y ss.

¹⁸ STC 2/2010, 11-1-2010, FJ 4. STEDH 22-11-2011, as. Lacadena Calero c. España. Aunque algo está cambiando muy poco a poco. Vid. STS 957/2021 (Sala II), 9-12-2021.

¹⁹ Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, 509 U.S. 579 (1993), General Electric Co. v. Joiner, 522 U.S. 136 (1997), Kumho Tire Co. v. Carmichael, 526 U.S. 137 (1999). Vid. sobre los mismos VÁZQUEZ, Carmen, *De la prueba científica a la prueba pericial*, Madrid 2015. NIEVA FENOLL, “Repensando Daubert: la paradoja de la prueba pericial”, en AAVV, *Peritaje y prueba pericial*, Barcelona 2017, pp. 85 y ss, y antes DONDI, Angelo, “Paradigmi processuali ed ‘expert witness testimony’ nel diritto statunitense”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1996, pp. 261 y ss, AULETTA, Ferruccio, *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, Padova 2002. ANSANELLI, Vincenzo, *La consulenza tecnica nel processo civile*, Milano 2011, TARUFFO, Michele, “Prova scientifica e giustizia civile”, en AAVV, *Giurisprudenza e scienza*, Roma 2017, pp. 241 y ss.

²⁰ LAUDAN, Larry, *Truth, error and criminal law: an essay in legal epistemology*, New York 2006, p. 29 y ss, 61. Trata de ponerle remedio a este problema FERRER BELTRAN, Jordi, *Prueba sin convicción*, Madrid 2021, pp. 208 y ss.

²¹ ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD, *Zivilprozeßrecht*, Munchen 2010, p. 768.

les parece convincente, pero a la mayoría se le hace muy difícil indicar con total precisión científica por qué. Y eso es justamente lo que necesitaría un programador de inteligencia artificial.

Sucede lo mismo incluso con la argumentación jurídica. Confiamos en el juez por la *auctoritas* que le otorga su amplia formación jurídica²², si la tiene, y le llamamos a todo ello *iura novit curia*, sin más, porque pensamos que el juez, sea más o menos avezado o incluso simplemente más o menos inteligente -de todo hay-, será capaz de encontrar en el ordenamiento jurídico la mejor respuesta para nuestro caso, aunque muchas veces, leyendo las motivaciones percibamos perfectamente que no ha sido así. Pero a pesar de ello, le damos todo el crédito a lo decidido y lo protegemos a ultranza con la cosa juzgada, convirtiendo así al juez en una especie de oráculo infalible²³. Aceptando incluso, o sabiéndolo perfectamente²⁴, que el juez muchas veces se deja llevar por su intuición acerca del trasfondo de lo realmente acaecido en un caso, acomodando la motivación para obtener la decisión que le parezca justa teniendo presente el indicado trasfondo.

Y esa determinación de lo que sea la justicia es muy frecuente, y está basada, insisto, demasiadas veces en la intuición judicial pese a las múltiples admoniciones de doctrina e incluso jurisprudencia para no proceder así. Pero una vez elaborada la motivación, si es considerada razonable en un juicio intersubjetivo de los tribunales superiores que revisen el caso, revisión que puede ser igualmente intuitiva para la mayoría, no será atacable la sentencia, aunque en el fondo esté mal fundada.

En definitiva, en materia judicial se le ha dado un recorrido tremendo al “ojo clínico” de los jueces, igual que en otro tiempo se le atribuyó al de los médicos. Sin duda, es urgente salir de dicha situación, igual que lo hizo la medicina a través de la tremenda batería de pruebas diagnósticas que hoy existen y que han partido del conocimiento empírico. Por mucho que tantas veces el paciente lo desearía por comodidad, ningún médico sensato hoy en día se atreve ya a realizar diagnósticos intuitivos tomando los pocos datos de la sintomatología que le suministra el paciente. Esas pruebas diagnósticas le son tan cómodas al médico que incluso se abusa de las mismas en casos en que la sintomatología permitiría realizar un diagnóstico no 100% seguro, pero sí probablemente más allá de toda duda razonable.

El día en que los juristas obremos realmente de la misma forma que los médicos -sin incurrir en el citado exceso de comprobaciones utilizando debidamente el concepto de

²² CARRERAS LLANSANA, Jorge, *Las fronteras del Juez*, en: “FENECH / CARRERAS, Estudios de Derecho Procesal”, Barcelona 1962, pp. 103 y ss.

²³ Así lo debieron imaginar los juristas en época de Hammurabi, cuando impusieron esta invariabilidad de las resoluciones judiciales de manera generalizada. Vid. NIEVA FENOLL, *La cosa juzgada*, Barcelona 2006, pp. 25 y ss.

²⁴ FORZA, A., MENEGON, G., RUMIATI, R., *Il giudice emotivo*, Bologna 2017.

pertinencia de la prueba- y busquemos justificaciones a nuestros razonamientos que se alejen de una vez por todas de los argumentos de autoridad -que hoy resultan predominantes en la ciencia jurídica- de autores y jurisprudencia, la inteligencia artificial podrá ayudarnos igual que lo hace en el ámbito de la medicina. Con todo, en el momento actual ya podría hacerlo de forma relativamente sencilla, buscando esas opiniones pasadas, de doctrina o jurisprudencia, que sustentan los pareceres presentes. Cabe imaginar una herramienta que no sólo proponga argumentaciones, como ya existe, sino que identifique las argumentaciones de abogados y jueces y les suministre automáticamente esos anhelados apoyos en forma de citas automáticas, perfectamente identificadas, a Locke, Montesquieu, Blackstone o a la sentencia X del Tribunal Supremo o del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es decir, todas esas citas que a la mayoría de juristas le hacen pensar -tantísimas veces de manera errónea- que un escrito está bien fundamentado.

Lo anterior sería el sueño -casi ensueño- de muchos abogados, jueces, y hasta de bastantes profesores universitarios, por cierto. El efecto positivo es que se abolirían los plagios y hasta se fomentaría la creatividad si el jurista quiere ir más allá de lo que ya existe. El negativo es que juristas creativos hay realmente pocos y con esas herramientas podría haber incluso menos si no empieza a ponerse en valor de una vez esa creatividad. La ciencia jurídica podría ir cayendo en el anquilosamiento de la profecía autocumplida de escritos de parte razonables con respuestas judiciales absolutamente previsibles, igual que cae la jurisprudencia con la fosilización propia del sistema de precedentes²⁵. De hecho, ya ha ocurrido incluso considerando solamente, como ya se indicó, el uso de las herramientas de corta y pega.

Pero es justamente de algo así de lo que debe huirse, salvo en los casos en que el automatismo sea la única alternativa razonable, como sucede en los procesos reiterativos que antes se citaron. La ciencia jurídica debe escapar definitivamente de la intuición y de la pura filosofía, acercándose mucho más al empirismo, disponiendo la aplicación del derecho en función de la *voluntas legislatoris* tras una determinación de los hechos que sea correcta desde el punto de vista empírico, respetando siempre, naturalmente, los derechos fundamentales²⁶.

²⁵ Cfr. PASSANANTE, L., *Il precedente impossibile*, Torino 2018, pp. 185 y ss. KOOPMANS, T., *The future of the Court of Justice of the European Communities*, Yearbook of European Law 1991, p. 29 y ss. CHIARLONI, Sergio, *In difesa della nomofilachia*, Riv. trim. di dir. e proc. civ., 1992, p. 127 y ss. TARUFFO, Michele, *La Corte di cassazione tra legittimità e merito*, Il Foro Italiano, Parte V, Roma 1988, p. 237. CROSS, *Precedent in English Law*, Oxford 196, pp. 4, 30-32.

²⁶ Como dejó dicho TARUFFO, M., "Idee per una teoria della decisione giusta", en *Verso la decisione giusta*, Torino 2020, p. 360, explicando así su concepto de "justicia".

Y en ese trance, como veremos seguidamente, sí puede ayudar la inteligencia artificial, señalando y descartando lo que es correcto desde una lectura certera de la realidad. Veámoslo.

4. INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y PRUEBA

En los últimos años, el estudio de la prueba ha experimentado un crecimiento extraordinario que nos está permitiendo sacarlo, como antes se ha indicado, de la simple intuición. Ya no creemos que el juez verá a los testigos y sabrá si mienten recurriendo a su “experiencia”²⁷, sino que ahora, gracias a la psicología del testimonio²⁸, es posible establecer parámetros cada vez más fiables de credibilidad. Por desgracia, aún no de veracidad, que será la siguiente frontera que tal vez se alcance algún día. De momento permanece en un terreno todavía demasiado intuitivo.

Pero cada vez menos, igual que sucede, como ya se ha dicho, con la prueba pericial. Mejores o peores, tenemos, como ya se dijo, unos criterios de comprobación de las hipótesis, y ese es el primer paso para conseguir que la prueba entre definitivamente en el campo de la ciencia. Curiosamente, mucho ha ayudado una parte de la filosofía en ello, la epistemología²⁹, pero en esto el Derecho no se diferencia de otras ciencias. Simplemente le ha costado muchísimo más ser consecuente con las exigencias del método científico, cuya concepción pertenece enteramente, por cierto, al terreno de la epistemología.

En concreto, la inteligencia artificial ayudará en materia probatoria en tres campos principales: la revisión de los parámetros de valoración de la prueba, la elaboración de

²⁷ Partida III, Tít. XVI, Ley 28: “Otro si dezimos, que deven ser preguntados del tiempo en que fue fecho aquello sobre que testiguan, assi como del año, e del mes, e del día, e del logar en que lo fizieron. Ca si se desacordassen los testigos, diziendo el uno que fuera fecho en un logar, el el otro en otra parte, non valdría su testimonio. (...) E aun deven ser preguntados los testigos, quien eran los otros testigos que estaban delante, quando acaescio aquello sobre lo que testiguan: e mas preguntas non han por que fazer al testigo que fuere de buena fama. Mas si fuere ome vil, e sospechoso, que entendiesse el Juez, que anda desvariando en su testimonio, entonce devele fazer otras preguntas por tomarle en palabras, diziendo assi: Quando este fecho sobre que testiguas acaescio, que tiempo fazia? Estava nublado, o fazia sol? o quanto ha que conociste estos omes de quien testiguas? e de que paños eran vestidos, quando acaescio esto que dizes? Ca por lo que respondiére a tales preguntas como estas, e por las señales que viere en la cara del, tomar ha apercibimiento el Juez si ha de creer lo que dize el testigo, o non.”

²⁸ LOFTUS, *Eyewitness testimony*, Harvard 1996. MAZZONI, *Psicología della testimonianza*, Roma 2015. MAZZONI, *¿Se puede creer a un testigo?*, Madrid 2010. DIGES, *Los falsos recuerdos*, Barcelona 1997. MANZANERO, *Memoria de testigos*, Madrid 2010. MANZANERO, *Psicología del testimonio*, Madrid 2008. IBABE EROSTARBE, *Psicología del testimonio*, Donostia 2000.

²⁹ Hay que agradecer su labor, entre otros, a LAUDAN, Larry, *Truth, error and criminal law: an essay in legal epistemology*, New York 2006. GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid-Barcelona 2004. FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Madrid 2007. GONZÁLEZ LAGIER, *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Lima, 2005 y, por supuesto, a TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán de “la prova dei fatti giuridici”, Milano 1992, Madrid 2002.

hipótesis y, eventualmente, la concreción con menor subjetividad de los llamados “estándares probatorios” como consecuencia del indicado segundo campo, la elaboración de hipótesis.

En cuanto al primer terreno, la inteligencia artificial podría operar, por ahora, en un doble ámbito: el de los interrogatorios y el de la prueba pericial. Con respecto a las tradicionales prueba testifical y prueba de declaración de las partes -que obviamente son interrogatorios-, como se acaba de indicar, la psicología del testimonio³⁰ ha avanzado mucho con abundante experimentación que ha arrojado datos empíricos que son utilizables por los programadores al diseñar los algoritmos. Se podría crear una herramienta de inteligencia artificial que valorara, por ejemplo, las condiciones ambientales de la observación sobre la que se declara, teniendo en cuenta la herramienta si el interrogado estuvo lejos o cerca de lo observado, si había más o menos luz, si había consumido alguna sustancia o si estuvo en una situación de estrés, entre otros puntos de interés. También, por supuesto, podría analizar la posible presencia de móviles para mentir, aunque esto es más complicado, igual que podría tener en cuenta la corroboración de la declaración con el resultado de otras pruebas, la coherencia interna de lo declarado o incluso la presencia de comentarios oportunistas en la declaración.

En concreto, la herramienta podría ser diseñada, no como una especie de robot de funcionamiento automático, sino como una pauta de alertas para que el juez vaya introduciendo sus valoraciones al respecto, de manera que el resultado final no sea una especie de pronóstico de credibilidad, sino simplemente el resultado de un trabajo del juez guiado por la herramienta, que podría asistirle también en la motivación. De ese modo podríamos evitar, al menos en parte, los errores que ya sabemos que se han detectado en las herramientas de predicción del riesgo y que veremos en el epígrafe siguiente.

El segundo campo interesante en materia probatoria en que puede intervenir la inteligencia artificial es el de la elaboración de hipótesis. En este caso, la herramienta -ya con precedentes en ALIBI³¹ - lo que hace es partir de los datos que le va suministrando el juez acerca de la prueba, elaborando hipótesis de qué ha podido suceder. Hasta el momento se ha utilizado para suministrar a los abogados líneas de defensa para la concepción de coartadas para sus clientes, pero se podría utilizar perfectamente para formular una serie de hipótesis de qué ha podido suceder partiendo de los datos de los que el juez dispone. El trabajo de la herramienta tendría como resultado, por ejemplo, la

³⁰ Vid. las obras ya citadas al respecto.

³¹ NISSAN, E., “Legal Evidence, Police Intelligence, Crime Analysis or Detection, Forensic Testing, and Argumentation: An Overview of Computer Tools or Techniques”, 17 Int'l J.L. & Info. Tech. 1, 2009, pp. 1 y ss.

exposición de esas hipótesis, que habrán sido elaboradas partiendo de casos antiguos, lo que supone reunir toda la “experiencia”, y mucho más, que pueda tener un juez como fruto de su memoria, pero con dos inconvenientes: la máquina no es creativa, por lo que puede ser esclava de hipótesis de relatos que sucedieron sólo en el pasado, pero que no tienen que ver con el presente; además esos datos, como se ha dicho, serán de procesos antiguos, lo que provocará que si los mismos no fueron juzgados correctamente -y eso difícilmente lo sabremos salvo que se evidencie el error judicial más adelante- se irán arrastrando esos errores y, lo que es peor, su influencia en el presente. Un auténtico desastre.

Ese problema, que en absoluto es menor, lastra el tercer terreno en el que se podría utilizar la IA: la concreción de estándares probatorios³². Los mismos otorgan aparentemente una gran seguridad a los operadores jurídicos, que encuentran en ellos una especie de fórmulas mágicas para exponer sus conclusiones probatorias, pero son muchísimas veces sólo intuitivos, pese a que pretendan lo contrario. En su versión a mi juicio más depurada³³, parten precisamente de la elaboración de hipótesis propia de la probabilidad inductiva, arrojando conclusiones más o menos seguras en función de si las hipótesis alternativas a la que va alcanzando mayor sustento probatorio, se van descartando, logrando así por fin un grado de confirmación que pretende otorgar más seguridad al juez que toma la decisión.

En ese escenario podría ayudar naturalmente la inteligencia artificial, pero de un modo limitado aunque a mi juicio benéfico. Podría, en concreto, servir de pauta de la conducta probatoria del juez y las partes en el trance de la admisión y la práctica de la prueba. Al exponer esas hipótesis, es más fácil realizar correctamente la labor de admisión de los medios de prueba, y también es más sencillo guiar su práctica, escapando de la tradicional hipótesis única que sólo busca confirmarse o desmentirse, y que puede ser fácilmente víctima del sesgo de confirmación.

Es decir, siendo a mi juicio la mayor utilidad de los estándares la de servir de pauta probatoria a los jueces, la inteligencia artificial sería útil para conseguir guiar aún mejor el uso de esa pauta, ampliando incluso su rango de observación al ser más probable que elabore bastantes más hipótesis que las que se le puedan ocurrir a un juez tomando como única ayuda su imaginación y la de las partes.

Confirmada la hipótesis de que se trate, la herramienta puede incluso ayudar a redactarla, igual que ya se vio que era posible con el juicio de derecho partiendo sobre todo de la jurisprudencia. Y ello no debe sorprender ni causar estupefacción, puesto que

³² Vid. nuevamente FERRER BELTRÁN, *Prueba sin convicción*, cit. pp. 29 y ss.

³³ *Ibidem*.

hará más sencilla la labor judicial, con la consiguiente ayuda humana del juez para completar la redacción, como es lógico.

5. INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y PREDICCIÓN DEL RIESGO

Este ha sido el campo en el que más se ha desarrollado la inteligencia artificial en el ámbito judicial, y con resultados tan espectaculares como controvertidos. En materia procesal penal, en diferentes momentos, los jueces se preguntan si una persona tiene un perfil de riesgo a fin de saber fundamentalmente si volverá a cometer un delito, aunque también para acabar de corroborar pruebas que no les convencen del todo, consiguiendo esa deseada confirmación a través de la averiguación del perfil del reo. Son casos en que el juez tiene ya una convicción razonable acerca de la culpabilidad, pero desea elevar ese nivel de convicción con la indicada determinación del perfil.

Quienes habían perfilado tradicionalmente a los reos, en el mejor de los casos, eran los psicólogos. También los juristas intentaban establecer pareceres -bastante *amateurs*, por cierto- recurriendo a los antecedentes penales del reo, como se puede comprobar a través de la copiosísima jurisprudencia al efecto, a su comportamiento en la sala de justicia o en el momento de la detención³⁴, o incluso acudiendo a trasnochados saberes lombrosianos³⁵ que pese su carácter vetusto y reiteradamente desacreditado, conservan una sorprendente supervivencia en el imaginario colectivo que también comparten los jueces³⁶. Pero todo ello no eran más que prejuicios de quien no es experto en una materia.

Al contrario, los psicólogos de la personalidad³⁷ fueron elaborando a lo largo de los años una serie de criterios para evaluar el riesgo que podían suponer los reos,

³⁴ Vid. este espeluznante párrafo del Auto del Juzgado de Instrucción n. 2 de Santiago de Compostela, Tribunal del Jurado 0004900/2013, 21-7-2014: “Durante el registro realizado la madrugada del día 22 de septiembre, después de examinar (de rodillas) los Agentes toda la entrada, escaleras y dependencias superiores a la izquierda, cuando se dirigían a la habitación donde supuestamente se cometió el crimen, Rosario se derrumbó. Antes estaba tranquila. Su nerviosismo le impedía articular explicación alguna.”

³⁵ LOMBROSO, Cesare, *L'uomo delinquente*, Torino 1897.

³⁶ Vid., entre otros muchos ejemplos, el pasaje transcrito de la sentencia de instancia por la STS 271/2022 (Sala 2ª), 23-3-2022: “La Sala quiere dejar clara constancia de que Gabriela, Miguel y Marino declararon con visible sinceridad y espontaneidad, y que algunas de sus manifestaciones y su propia actitud personal fueron conmovedoras, en cuanto intentaban orillar los extremos que les resultaban escabrosos a lo largo del examen al que eran sometidos, mostrando además claros signos de cansancio ante la intensidad de la indagación (varias horas).”

³⁷ Vid. entre otros REDONDO ILLESCAS, Santiago / ANDRÉS PUEYO, Antonio, “Predicción de la violencia: entre la peligrosidad y la valoración del riesgo de violencia”, *Papeles del psicólogo: revista del Colegio Oficial de Psicólogos*, vol. 28, n. 3, 2007 (Ejemplar dedicado a: Predicción de la violencia), pp. 157 y ss. REDONDO ILLESCAS, Santiago / ANDRÉS PUEYO, Antonio, “La Psicología de la delincuencia”, *Papeles del psicólogo: revista del Colegio Oficial de Psicólogos*, vol. 28, n. 3, 2007 (Ejemplar dedicado a: Predicción de la violencia), pp. 147 y ss. ANDRÉS PUEYO,

compilando decenas de dichos criterios que han ido utilizando cotidianamente en las entrevistas cognitivas que han practicado a un sinfín de sujetos pasivos del proceso penal, sobre todo para evaluar los riesgos de la concesión de permisos carcelarios a un reo, o bien para dictaminar acerca de su libertad condicional.

Entre dichos criterios existen fundamentalmente datos que diversos metaanálisis han demostrado que son buenos predictores de futuro comportamiento delictivo, no considerados de forma separada, sino de manera conjunta. Y así se tiene en cuenta, por ejemplo, el consumo abusivo de alcohol u otras sustancias estupefacientes, el nivel atencional de un reo, su capacidad de compromiso, su comportamiento violento en la prisión a través de la revisión de su expediente disciplinario, el hecho de ser capaz de generar un entorno de amistad, etc³⁸.

Sin embargo, también se han tenido en cuenta a lo largo de los años datos mucho más sensibles como el nivel de estudios, el lugar de residencia, la tenencia de un domicilio fijo o el número de mudanzas en los últimos años, o también datos definitivamente orientados ideológicamente como las opiniones políticas sobre algunos delitos o incluso la raza, por no hablar de la estética física que el individuo decide atribuirse³⁹. No se crea, además, que se recurre solamente -aunque también- a los prejuicios para elaborar esos criterios, sino que habitualmente se identifican todos esos datos en personas enjuiciadas -de manera correcta o errónea, es imposible saberlo- como culpables, y a partir de ahí se van elaborando datos estadísticos de incidencia de esos criterios en cada reo que sirven para reforzar o disminuir la relevancia de los mismos en las evaluaciones.

Hace ya tiempo que la inteligencia artificial, o mecanismos similares, entraron en estas evaluaciones, en ocasiones de manera menos polémica, como en el caso de Riscanvi⁴⁰ o HART⁴¹, a veces de manera extraordinariamente polémica, como ha

Antonio / LÓPEZ, S. / ÁLVAREZ, E., "Valoración del riesgo de violencia contra la pareja por medio de la SARA", *Papeles del Psicólogo*, 2008. Vol. 29 (1), pp. 107 y ss.

³⁸ NORTHPOINTE, *Practitioners Guide to COMPAS*, 17-8-2012, pp. 23 y ss. http://www.northpointeinc.com/files/technical_documents/FieldGuide2_081412.pdf (consultado a 27-12-2021).

³⁹ BORNSTEIN, Aaron M., "Are algorithms building the new infrastructure of racism?", *Nautilus*, 21-12-2017, <http://nautil.us/issue/55/trust/are-algorithms-building-the-new-infrastructure-of-racism>, y nuevamente NORTHPOINTE, *Practitioners Guide to COMPAS*, 17-8-2012, pp. 23 y ss. http://www.northpointeinc.com/files/technical_documents/FieldGuide2_081412.pdf, (consultados ambos a 27-12-2021).

⁴⁰ ANDRÉS-PUEYO, A. / ARBACH-LUCIONI, K. / REDONDO, S., "The RisCanvi: A New Tool for Assessing Risk for Violence in Prison and Recidivism", en *Handbook of Recidivism Risk/Needs Assessment Tools*, Chichester 2018, pp. 255 y ss.

⁴¹ "Harm Assessment Risk Tool". GIAMPIERO, L., "Regulating (Artificial) Intelligence in Justice: How Normative Frameworks Protect Citizens from the Risks Related to AI Use in the Judiciary", cit. p. 81.

sucedido y está sucediendo con COMPAS⁴², y otras veces de modo un tanto ingenuo, como acontece con Viogén⁴³ o desde 2018 con Veripol⁴⁴. Por ser bastante reasuntivo y reflejar un nivel máximo de peligro, se explicará solamente lo sucedido con COMPAS en los Estados de EEUU que lo utilizan, que por fortuna ni mucho menos son todos.

COMPAS es una auténtica herramienta de inteligencia artificial que asiste -no sustituye- a los jueces en la predicción del riesgo a fin de evaluar este factor en un reo a efectos de imponer medidas cautelares, decisiones de libertad en el ámbito penitenciario o incluso como acompañamiento de veredictos de culpabilidad. Lo que se conoce de la herramienta -sus fabricantes⁴⁵ no revelan los entresijos de su funcionamiento por razones de propiedad intelectual- es relativamente poco. Su algoritmo tiene en cuenta 137 criterios⁴⁶, entre los cuales están los antes indicados, también los más polémicos. Pero nadie sabe realmente cómo se realiza esa evaluación. Simplemente se ha demostrado ya en varios estudios que la herramienta no es más acertada que un ser humano⁴⁷, y que además es indudablemente racista⁴⁸. Se teme incluso que esta última característica ni siquiera sea algo que los fabricantes hayan querido eludir, sino más bien todo lo contrario. Bien parece que han elaborado unos perfiles de población-diana sobre la que se desea deliberadamente actuar, con un resultado final que es claramente

⁴² "Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions". NORTHPOINTE, *Practitioners Guide to COMPAS*, 17-8-2012.

⁴³ <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/violencia-contra-la-mujer/sistema-viogen>

⁴⁴ OFICINA DE TRANSFERENCIA DE RESULTADOS DE INVESTIGACIÓN (OTRI). UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID, "Veripol, inteligencia artificial a la caza de denuncias falsas", <https://www.ucm.es/otri/veripol-inteligencia-artificial-a-la-caza-de-denuncias-falsas>

⁴⁵ Northpointe, Inc.

⁴⁶ <https://www.documentcloud.org/documents/2702103-Sample-Risk-Assessment-COMPAS-CORE.html>. NORTHPOINTE, *Practitioners Guide to COMPAS*, 17-8-2012, pp. 23 y ss. (consultado a 27-12-2021).

⁴⁷ FARRELL, JAMES, "Humans Beat Popular Algorithm For Spotting Potential Re-Offenders", *SILICONANGLE*, 17-1-2018, <https://siliconangle.com/blog/2018/01/17/popular-algorithm-used-spot-potential-reoffenders-sometimes-extend-prison-sentence-doesnt-work-according-researchers/>. FUSSELL, Sidney, "Study Finds Crime-Predicting Algorithm Is No Smarter Than Online Poll Takers", *Gizmodo*, 18-1-2018, <https://gizmodo.com/study-finds-crime-predicting-algorithm-is-no-smarter-th-1822173965>. PEARSON, Jordan, "Bail Algorithms Are As Accurate As Random People Doing An Online Survey", *Motherboard*, 17-1-2018, https://motherboard.vice.com/en_us/article/paqwmv/bail-algorithms-compas-recidivism-are-as-accurate-as-people-doing-online-survey. YONG, Ed, "A Popular Algorithm Is No Better At Predicting Crimes Than Random People", *The Atlantic*, 17-1-2018, <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2018/01/equivant-compas-algorithm/550646/> (consultados todos a 27-12-2021).

⁴⁸ LARSON, Jeff / MATTU, Surya / KIRCHNER, Lauren / ANGWIN, Julia, "How We Analyzed The Compas Recidivism Algorithm", *ProPublica*, 23-5-2016, <https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm> (consultado a 27-12-2021).

escandaloso⁴⁹. De momento esta herramienta no ha llamado la atención -pese a que no ha faltado oportunidad⁵⁰- del Tribunal Supremo Federal de los EEUU, aunque considerando cuál fuere su composición en un momento determinado, tal vez es mejor que no se fijen demasiado en esta herramienta, a riesgo de bendecir un autoritarismo y arbitrariedad realmente incompatibles con el mantenimiento de la democracia. Lo tristemente sucedido con la benéfica e histórica jurisprudencia de la regla de exclusión⁵¹, podría tener su secuela también en este ámbito.

Con todo ello puede verse cómo la tecnología se puede falsear y poner al servicio de las ideologías, cuando de lo que se trataba en un inicio es de imprimir objetividad y racionalidad al comportamiento judicial. Y es que en realidad, en esta materia puede acabar sucediendo lo mismo que con otros ingenios de inteligencia artificial. Al ir aumentando su enorme base de datos automáticamente con el falazmente llamado *machine learning*, puede llegar un momento en que la máquina sea víctima de la peor versión del sesgo de confirmación, afectando a su funcionamiento de una manera todavía más radical de lo que lo hace con las personas. Quiero decir con ello que la máquina se puede ir haciendo paulatinamente cada vez más discriminadora con determinados grupos de población, a fuerza de ir propiciando cada vez más condenas contra esos colectivos, nutriendo al algoritmo con los datos de dichas condenas.

Lo que sucede es que estas herramientas descubren lo peor de la inteligencia artificial y la razón principal de su parón. La técnica mira siempre al pasado porque se nutre de los datos provenientes del mismo. Y en lugar de superarlo, como ha sucedido tantas veces en la historia humana, se hunde cada vez más en él. Como ya se anunció al inicio de este artículo, la inteligencia artificial es incapaz de superarse, al menos por el momento. Actúa siempre exactamente igual, y son solamente los humanos que mueven los hilos de sus algoritmos los que pueden alterar esta realidad. Y no es nada fácil, dado que el funcionamiento interno de la máquina es algo similar a un conjunto imbricado de madejas de las que es bastante complicado encontrar los hilos correctos llegados a cierto punto.

En realidad, con frecuencia lo único que puede hacerse es empezar de nuevo y construir otra herramienta, que volverá a tener los mismos problemas que la anterior,

⁴⁹ CORBETT-DAVIES, Sam / PIERSON, Emma / FELLER, Avi / GOEL, Sharad, "A computer program used for bail and sentencing decisions was labeled biased against blacks. It's actually not that clear", *The Washington Post*, 16-10-2016, https://www.washingtonpost.com/news/monkey-cage/wp/2016/10/17/can-an-algorithm-be-racist-our-analysis-is-more-cautious-than-propublicas/?noredirect=on&utm_term=.c31b4a5b6bbd. (consultado a 27-12-2021).

⁵⁰ State v. Loomis. 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016).

⁵¹ Vid. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *Prueba ilícita y regla de exclusión en el sistema estadounidense. Crónica de una muerte anunciada*, Madrid 2019.

especialmente el de la orientación ideológica, que es difícilmente evitable en materia judicial. Al fin y al cabo, los jueces de un país siguen diversos patrones ideológicos, más allá de los valores constitucionales, aunque no debiera ser así. Y dichos patrones, si son mayoritarios, acabarán haciéndose preponderantes gracias a la IA, porque se nutre siempre, como ya se ha indicado, de decisiones judiciales pasadas.

Mientras no se supere este inconveniente tecnológico, el problema se producirá una y otra vez. Tal vez ello impedirá un uso extendido de esta tecnología en este ámbito de la realidad judicial, o tal vez la continuará afectando negativamente. Cualquiera de los dos escenarios es nefasto. Y la única solución es la revisión e influencia constante de juristas con valores democráticos muy consolidados trabajando codo con codo con los programadores, existiendo un control democrático estricto en la elección de ambos grupos de profesionales. Nada de lo indicado es fácil en absoluto, pero acabará siendo imprescindible si se desea -sólo si se desea- evitar el autoritarismo.

6. INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y ODR

Un ámbito en el que ya existe inteligencia artificial funcionando con cierta frecuencia es el de los ODR. Empezaron algunas empresas⁵² a utilizarlo, pero ahora ya son los organismos públicos de algunos países⁵³ los que están aplicando -o al menos interesándose- por esta tecnología para resolver sobre todo algunas pequeñas causas, esas grandes olvidadas -salvo excepciones- de los sistemas judiciales de todos los tiempos. Parece que por fin se podría encontrar una manera rapidísima y muy barata de resolver estas controversias ya citadas anteriormente, en particular reclamaciones de cantidad, procesos posesorios, procesos de consumidores y divorcios no demasiado complejos, que son la mayoría, por otra parte, si se huye de la salsa del anecdotario de cualquier abogado matrimonialista. Todos ellos podrían ser celebrados *online*, probablemente sin llegar a ser realmente contenciosos por ser resueltos, en definitiva, sin la celebración de una fase plenaria.

Ciertamente, a día de hoy ya no cuesta tanto pensar en una app para interponer una solicitud monitoria o para divorciarse. En ambos casos, la app tendría que ir dando

⁵² Ebay: <https://pages.ebay.com/services/buyandsell/disputeres.html#what>; Paypal: <https://www.paypal.com/us/webapps/mpp/security/seller-dispute-resolution>; Amazon: <https://www.amazon.co.uk/gp/help/customer/display.html?nodeId=G9NMDH46UFNMFNKN> (consultados a 27-12-2021).

⁵³ Entre otros, Holanda: KISTEMAKER, Laura, "Rechtwijzer and Uitelkaar.nl. Dutch Experiences with ODR for Divorce", *Family Court Review*, abril 2021. Vid, otras experiencias de EEUU y Canadá en JTC Resource Bulletin, Case Studies in ODR for Courts: A view from the front lines. 29-11-2017. <https://www.srln.org/system/files/attachments/Case%20Studies%20in%20ODR%20for%20Courts.pdf>

opciones al usuario que este debería ir marcando. Sin ánimo alguno de exhaustividad, en el caso de la solicitud monitoria, indicar el nombre completo del deudor, la cantidad debida y subir el documento del que se derive la existencia de la deuda. Los datos del acreedor ya figurarán por defecto en la app, que los habrá pedido al descargarla. Con esos datos, la app emitiría un mandato de pago que el deudor contestaría en el plazo establecido en las leyes, con advertencia de que si hay oposición se generará un proceso jurisdiccional y en caso de perderlo, podría sobrevenir una sanción -debiera concretarse cuál y en qué circunstancias, si se deseara que fuera más allá de la imposición de costas- a fin de disuadir del uso indebido de la administración de justicia. Con ello, la reclamación quedaría resuelta. Lo mismo sucedería con un divorcio. Se formularía la solicitud, que estaría conectada con los datos de los registros para averiguar la existencia de hijos, bienes en común y capacidad económica. De no haber oposición al divorcio, la propia plataforma lo declararía, calcularía la pensión, y pondría en marcha la división del patrimonio, operaciones que podrían ser moduladas posteriormente por los tribunales, pero con el divorcio ya declarado. Y siempre que esas operaciones sean necesarias, claro está. De hecho, es posible que en el futuro, superando la influencia sobre la legislación civil de la indisolubilidad canónica del vínculo, se simplifiquen bastante las medidas económicas consecuencia de un divorcio, pero esa es otra cuestión.

Los anteriores son solamente dos ejemplos de los muchos que podrían darse - entre otros, las ya citadas reclamaciones de consumidores- acerca de lo que está por venir, que podría llegar a automatizarse aún más en el futuro siguiendo la mecánica de los contratos inteligentes -*smart contracts*:- en caso de impago, se formularía inmediatamente una solicitud monitoria. De ese modo, la resolución de esos conflictos tan frecuentes -los impagos de acreedores- sería tan rápida que probablemente el conflicto, o acabaría desapareciendo o nunca llegaría a los tribunales. De hecho, actualmente alcanzan ese estado judicial, como ya se ha dicho, en un intento del deudor de mala fe de utilizar en su favor la lentitud de la administración de justicia.

Pero por otra parte, los ODR pueden favorecer una reforma que ya se está empezando a reclamar desde distintos foros: la contundente simplificación de las normas de competencia territorial, y en muchos casos su abolición⁵⁴. Si los litigios se sustancian en su mayoría a distancia con una restricción drástica de la oralidad⁵⁵, carece de sentido que deban asignarse a una sola sede y que además esa asignación pueda provocar

⁵⁴ Vid. NIEVA FENOLL, *Derecho Procesal II, Proceso Civil*, cit. pp. 37-38.

⁵⁵ Vid. NIEVA FENOLL, "La discutible utilidad de los interrogatorios de partes y testigos (algunas reflexiones sobre la oralidad en tiempos de pandemia)", *Ius et Praxis*, vol. 26, n. 3, diciembre 2020. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122020000300157&lng=n&nrm=iso&tlng=n (consultado a 27-12-2021).

complicaciones. Al contrario, cuando los procesos son *online*, no tiene absolutamente nada de particular que los resuelva cualquier tribunal de un Estado, sea cual fuere el territorio en que radique, propiciándose de ese modo una más racional distribución de los recursos materiales y humanos de la justicia de un país, al ser asignados los procesos de manera equitativa a los tribunales con menor carga de trabajo. Palabras como “declinatoria” podrían pasar a la historia en esos procesos, que pueden ser muy fácilmente la mayoría.

Por último, como ya se referenció al inicio de este apartado, debe destacarse la presencia de servicios corporativos que resuelven en línea las reclamaciones de los usuarios cuando no son complejas, consiguiéndose así la evitación de un nuevo proceso. Se trata de herramientas de inteligencia artificial que identifican el problema y ofrecen soluciones al consumidor o usuario, resolviendo definitivamente el inconveniente o canalizándolo al departamento correspondiente de la empresa para favorecer su correcta resolución. Con ello, no solamente se evitan procesos, sino que aumenta el nivel de satisfacción de los usuarios. Algunas de esas herramientas formulan incluso propuestas de conciliación, que una vez aceptadas por el usuario, se convierten en un medio alternativo eficaz íntegramente *online*.

7. UN POSIBLE FUTURO

Es completamente desconocido cómo va a ser el futuro. Lo imaginamos siempre acompañado de una mejora imparable de la tecnología, lo que podría no ser así dependiendo de las circunstancias sociales de cada momento. Las crisis, económicas o incluso bélicas, o las simples faltas de inversión pueden ralentizar los procesos. Ahora mismo, como se dijo al principio del artículo, estamos en un momento evidente de parón derivado de diversas circunstancias, no todas claras dejando al margen la dificultad inmensa de configurar correctamente los algoritmos para ser aplicables a situaciones que siempre habían dependido de decisiones con un margen de discrecionalidad elevado al tener en cuenta una multiplicidad de factores, no siempre atribuyéndoles el mismo peso. Ese es el caso de los procesos judiciales. Por mucho que las leyes otorguen más estabilidad a las decisiones de los jueces con respecto a las de los órganos administrativos, al final confiamos en juzgadores que son tan humanos como nosotros para que perciban con empatía el caso que se les plantea, empatía social que no siempre pueden reflejar las leyes con puntualidad.

Con todo, si este *impasse* se supera, la presencia humana en los tribunales menguará, igual que lo hará el número de abogados dedicados a los procesos judiciales. Con la total digitalización aumentará la publicidad si todos los datos de los procesos son accesibles en una web, aunque el impacto en materia de protección de datos debe

evaluarse debidamente antes de conceder acceso indiscriminado a toda la documentación. Disminuirán la oralidad y la intermediación drásticamente, pero no directamente como consecuencia de la introducción de inteligencia artificial, sino por el reconocimiento de la ciencia jurídica respecto de las conclusiones empíricas de la psicología del testimonio, como ya ha quedado dicho.

Debe evitarse, en cualquier caso, caer en experiencias de total automatización que anularían la voluntad de los jueces en beneficio de la imposición de las líneas de actuación del poder ejecutivo⁵⁶, que es el que acostumbrará a estar encargado de financiar la tecnología para configurar los algoritmos. Es aceptable la automatización de los procedimientos, pero no del enjuiciamiento salvo en casos realmente reiterativos. Debería ser este un límite ético que nunca debiera superarse, a riesgo de pasar de la justicia de los jueces a la justicia de los programadores y de aquellos que les influyan, lo que sería democráticamente inadmisibile.

La clave está, por tanto, en no superar los límites que marcan los derechos fundamentales, anulando el derecho de defensa frente a una máquina que va a juzgar siempre sistemáticamente igual en situaciones que puedan parecer idénticas, pero que no lo son atendidas las muy diferentes circunstancias socioeconómicas de los sujetos concernidos. Tampoco es aceptable no dejar espacio a la presunción de inocencia de personas cuyas características estén ya señaladas de antemano por el algoritmo, y que por ello irremediamente van a verse sujetas en el mejor de los casos sólo a medidas cautelares, y en el peor de ellos a condenas injustas.

Hay que luchar porque todo lo conseguido gracias al derecho al juez independiente e imparcial, no se pierda si algún día las máquinas influyen en mayor medida en el enjuiciamiento. La independencia judicial y la imparcialidad constituyen un único concepto formulado de manera habitualmente binómica, que intentaba que los jueces estuvieran libres de influencias en su criterio que pudieran activar sus emociones, de manera que su juicio se viera ilegítimamente alterado por las mismas. Como dije, se espera del juez una empatía que refleje el consenso social que intentan reflejar las leyes, pero no hasta el punto de manipular lo que dicen esas leyes para acabar pervirtiéndolas, que es lo que puede suceder cuando el juez no es auténticamente independiente. Se trata de que no se caiga en el mismo riesgo derivando la decisión en autoridades de programación que no son independientes, o bien en programadores que no pueden

⁵⁶ Vid. See “Big Data, AI and China's Justice: Here's What's Happening”, *China Justice Observer*, 1-12-2019. <https://www.chinajusticeobserver.com/a/big-data-ai-and-chinas-justice-heres-whats-happening>. See also Jie-jing YAO / Peng HUI, “Research on the Application of Artificial Intelligence in Judicial Trial: Experience from China”, *Journal of Physics: Conference Series*, vol. 1487, 2020. <https://iopscience.iop.org/article/10.1088/1742-6596/1487/1/012013/meta>. (consultados a 27-12-2021).

evitar que en el proceso de adquisición de datos y enriquecimiento de la herramienta, se manipule igualmente el proceso de decisión de la herramienta, como está sucediendo con algunas redes sociales, particularmente en el momento actual con Facebook⁵⁷.

No hay que alarmarse, no obstante. La incorporación de esta tecnología al proceso de manera decidida va a ser tecnológicamente lenta, al menos de momento. Las advertencias que se han realizado están formuladas para el instante en que esa misma tecnología vuelva a avanzar de nuevo de modo acelerado, cosa que, aunque nada es seguro, siempre puede acabar sucediendo.

⁵⁷ PLANAS BOU, Carles, "La manipulación política se propaga en Facebook", *El Periódico*, 15-9-2020.