

3

INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y JUSTICIA: ¿PERDEREMOS EL CONTROL?¹

JORDI NIEVA FENOLL

*Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de Barcelona*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA CONCRECIÓN ABSTRACTA DEL RIESGO DE LA IA APLICADA A LA JUSTICIA.
- III. ALGUNOS EJEMPLOS DE DISTOPÍA EN LA JUSTICIA.
- IV. LA ENTRADA DE LOS ESTADOS EN EL SECTOR «IA Y JUSTICIA».
- V. PREVENCIÓN DE PRIVATIZACIONES.
- VI. EL METAVERSO: POR AHORA, UNA ANÉCDOTA.
- VII. ENTRE BLADE RUNNER, UN MUNDO FELIZ Y 1984.

I. INTRODUCCIÓN

Aún tardará, pero no queda tanto tiempo antes de que el uso de la IA se generalice en nuestros tribunales. Ya existen herramientas de justicia predictiva² que padecen todavía de muchísimos errores³, pero que están marcando el camino futuro de cómo,

1. Trabajo publicado con el título «Perder el Control: ¿Hacia una distopía judicial?» en *Actualidad Civil*, n. 4, abril 2023

2. Northpointe, *Practitioners Guide to COMPAS*, 17-8-2012, pp. 23 y ss. http://www.northpointeinc.com/files/technical_documents/FieldGuide2_081412.pdf.

3. 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>. 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*,

no tanto las máquinas, sino las personas que las programan, decidirán en muchos casos nuestros destinos judiciales, no de manera realmente individualizada, sino de modo colectivo, parametrizando los criterios de decisión de una manera que dejará en el olvido las grandes líneas de trabajo que marcamos los seres humanos para organizar cualquiera de nuestras labores reiterativas⁴. No va a ocurrir mañana, pero sí en un futuro más próximo de lo que parece, que casi todos los lectores de este escrito pueden razonablemente esperar ver.

No obstante, la razón del retraso inmenso que lleva la IA en la Justicia en relación con otros sectores como la medicina o las propias redes sociales se debe a la enorme dificultad de recoger lo que esencialmente necesita la IA para poder funcionar: datos⁵. La IA lo único que hace es imitar nuestros procesos de decisión, recopilando nuestros criterios para resolver hacer algo⁶. Si todo —o la mayoría— lo fiamos a la intuición o a las emociones, como ocurre con gran frecuencia en el terreno judicial, esa recopilación deviene muy compleja, porque ni los propios jueces pueden decir a ciencia cierta por qué toman una decisión u otra con respecto a la prueba, por ejemplo, o por qué optan, en función de su propio criterio de justicia, por una interpretación u otra del ordenamiento jurídico, porque habitualmente ni siquiera pueden explicar con la precisión necesaria por qué razones una decisión y no otra les parece más justa⁷. Hasta que los jueces no reflexionen realmente sobre ello y los científicos —psicólogos sobre todo, pero no solamente— les ayuden a hacerlo, va a ser muy difícil que se avance en ese camino, más allá de la automatización de los muchos procedimientos reiterativos que existen. Pero se acabará avanzando. De hecho, cada vez conocemos mejor la mente judicial, pese a lo lejísimos que estamos aún del final de ese camino⁸.

Con todo y con eso, existe un elemento que no se debería descuidar, porque es muy importante. Y en ello nos va una de las principales bases de nuestras democracias: la Justicia y su inherente independencia⁹. El tribunal que no es independiente

Chichester 2018, pp. 255 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>

4. Kahneman, D; Sibony, O.; Sunstein, Cass, *Noise: a Flaw in Human Judgement*, 2021.

5. Nieva Fenoll, J., «Inteligencia artificial y proceso judicial: perspectivas tras un alto tecnológico en el camino», *Revista General de Derecho Procesal*, 57, 2022, p. 19.

6. Lo expliqué ampliamente en Nieva Fenoll, J. *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Madrid 2018.

7. Vid. Forza, A., Menegon, G., Rumiati, R., *Il giudice emotivo*, Bologna 2017.

8. Nuevamente, Forza, A., Menegon, G., Rumiati, R., *Il giudice emotivo*, Bologna 2017. Posner, R., *How Judges Think*, Harvard 2010. Kahneman, D; Sibony, O.; Sunstein, Cass, *Noise: a Flaw in Human Judgement*, 2021. Epstein, L.; Weinshall, K., *The Strategic Analysis of Judicial Behavior. A comparative Perspective*, Cambridge 2021.

9. Van Dijk, F. (2020), *Perceptions of the Independence of Judges in Europe. Congruence of Society and Judiciary*, Palgrave Macmillan. Gutmann, J.; Voigt, S. (2020), Judicial independence in the EU: a puzzle, *Eur.J.LawEcon*, 49, p. 88.

INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y JUSTICIA: ¿PERDEREMOS EL CONTROL?

no es un tribunal, sino una simple farsa como la que ha existido en demasiados y prolongados períodos de la historia¹⁰. Sucedió cuando los jueces sólo eran herramientas del poder político, o simples corruptos que sólo utilizaban el espacio jurisdiccional para hacer teatro del malo, aparentando una corrección inexistente, incurriendo en una insoportable frivolidad. Pero ese es otro problema, aunque siga sucediendo, por desgracia, en la actualidad¹¹.

El inconveniente al que me quiero referir se centra en darse cuenta de que la IA se está desarrollando gracias a enormes cantidades de dinero que están invirtiendo macroempresas privadas —Google y Microsoft entre otras¹²—, cuyo tamaño y actividades no es solamente que sean muy difíciles de controlar por nuestras instituciones democráticas, sino que es realmente complicado evitar que incurran en conductas monopolísticas y que, a la postre, influyan en las decisiones de nuestros Gobiernos y Parlamentos sin que nadie haya controlado democráticamente el nombramiento de la dirigencia de estas empresas. Dicho en palabras mucho más sencillas, es posible que unas pocas personas inmensamente ricas a las que nadie ha votado, acaben controlando nuestros destinos manipulando a los ciudadanos por los que sí hemos votado y que integran esas instituciones. Es más, existen claras evidencias de que esas personas tan potentes económicamente ya han intentado, o al menos tolerado, la manipulación de elecciones democráticas, no ya financiando a políticos —lo que es legal en no pocos países—, sino creando estados de opinión artificiales en las redes sociales que orientan las tendencias ideológicas de la gente¹³.

Pensado con detenimiento, todo ello produce simplemente terror. ¿Existe la posibilidad de que la Justicia pueda caer también en sus manos? ¿Qué riesgos existen en un salto empresarial como ese? A estas cuestiones se dedica el presente trabajo.

II. LA CONCRECIÓN ABSTRACTA DEL RIESGO DE LA IA APLICADA A LA JUSTICIA

Reconózcase que podemos pasar del terror al pánico si esas grandes empresas se acaban infiltrando en un poder del Estado que aún no controlan, o que les cuesta

10. Neudorf, L (2009), Judicial independence: the Judge as a Third Party to the Dispute.

11. Tiede, L. (2006). Judicial Independence: Often Cited, Rarely Understood, *Journal of Contemporary Legal Issues*, 15, p. 130-131.

12. Maguire, J. «100 Top Artificial Intelligence (AI) Companies in 2023», *Datamation*, 2-2-2023.

13. La bibliografía sobre el tema es extensa. Hegelich, S. «Facebook needs to share more with researchers», *Nature*, vol. 579, 7800, mar. 2020. Marchal, N., «Junk News During the EU Parliamentary Elections: Lessons from a Seven-Language Study of Twitter and Facebook' *Data Memo* 2019.3. Baptista, J.P.; Gradim, A., «Online disinformation on Facebook: the spread of fake news during the portuguese 2019 election», *Journal of Contemporary European Studies*, 30, 2, pp. 297 y ss.

más controlar, que es precisamente el sector de los tribunales. Hace ya mucho tiempo que el neoliberalismo¹⁴, encubierto bajo un manto de posmodernidad¹⁵, está desplegando una campaña de privatización que es definitivamente abolicionista de la Justicia, intentando, en pocas palabras, que los tribunales desaparezcan, pretendiendo que la gente «resuelva» —es un decir— sus problemas acudiendo a medios alternativos de resolución de conflictos, tales como el arbitraje o la mediación, que son escenarios que esas colosales firmas pueden manipular con muchísima facilidad al tener una posición económica potentísima incomparable con la de cualquier ciudadano. Esa posición les hace tener ventaja, no solamente en la elección de cualquier árbitro incluso recurriendo a cualquier asociación arbitral, sino en cualquier negociación propia de la mediación. No por casualidad algunas empresas como Meta¹⁶ o eBay¹⁷ están ofreciendo servicios privados de mediación, o incluso de Justicia¹⁸, en los que aunque intenten aparentar lo contrario, son Juez y parte, o al menos mediador y parte. De seguir esta tendencia, se abriría un escenario claramente distópico en el que la resolución de conflictos con esas empresas sólo será posible del modo que apetezca esa firma, convenciendo al usuario, además, de que es la solución justa, manipulando el criterio de un ciudadano que, pese a la manipulación, seguirá creyendo ser libre.

Y eso solamente en los asuntos que les interesan económicamente. Ahora imagínese lo que ocurriría si en la implementación de la IA en la Justicia en general, se descansa solamente en empresas privadas. Es sencillo que tras un período no demasiado extenso, ante la espectacularidad de la rapidez y la mecanización de los procedimientos, se decida acabar entregándoles el control sobre el resultado final, es decir, sobre las mismas resoluciones judiciales. Insisto, en general, no solamente en el ámbito negocial de esas empresas.

De ese modo, ya no sólo tendrían amplias posibilidades de controlar el poder legislativo y ejecutivo a través de las elecciones y la corrupción de los políticos a los que financian dichas elecciones, sino que dominarían la vida judicial de un país de acuerdo con sus intereses. Es cierto que ello no afectaría en principio a una multitud de casos individuales que no les preocupen. De hecho, esos pequeños casos les ayudarían a encubrirse y pasar desapercibidos, pero por supuesto la empresa influiría en todo lo que tenga que ver con su actividad económica. Y lo tendría muy

14. Vid. la promoción del arbitraje en el ámbito del consumo en *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp.*, 500 U.S. 20 (1991).

15. *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future*. Puede encontrarse el *Varieties of Dispute Processing* de Sander en <http://geoffsharp.atomicrobot.co.nz/wp-content/uploads/2010/03/PoundConfSander.pdf>

16. <https://www.facebook.com/community/managing-conflict/>

17. <https://pages.ebay.com/services/buyandsell/disputeres.html>

18. Gulati, Rishi, «Meta's Oversight Board and Transnational Hybrid Adjudication - What Consequences for International Law?», March 2022, *KFG Working Paper Series*, n. 53, 2022, Berlin Potsdam Research Group «The International Rule of Law - Rise or Decline?».

fácil para hacerlo, puesto que teniendo el poder de creación del algoritmo, harían literalmente lo que quisieran con esos casos de su interés.

Ya ocurre algo muy parecido en las actuales redes sociales donde muchísimas personas cuelgan información que les divierte mucho a ellos y a otros. Esa información, en realidad, le importa poco a cualquier estrategia política o económica de las empresas propietarias. Además, esa actividad masiva de pequeños usuarios individuales confiere a la red social una imagen de entretenimiento inocente o incluso ingenuo, inofensivo en suma, que le hace ganar enorme popularidad, al tiempo que hace sentir a los usuarios como los verdaderos protagonistas de la red. La realidad es que esa popularidad, falso empoderamiento del usuario e imagen *cool* —moderna y entrañable a la vez— de la empresa, no es más que un señuelo para que los gestores de la compañía recojan masivamente datos conductuales de los usuarios, comercien con ellos y manipulen la información como quieran y con la finalidad que deseen.

Aunque parezca mentira, eso mismo podrían llegar a hacer con nuestros procesos: tratar de forma rápida y aparentemente eficiente lo que más acucia al ciudadano, y una vez ganado el prestigio social, tendrían patente de corso de toda la sociedad para llegar a todo lo que ideológicamente les convenga más —o piensen que les conviene— a los dirigentes de esas empresas, aunque no tenga que ver con su actividad económica. Aunque ahora cueste concebirlo, la Justicia puede acabar siendo esclava de las tendencias religiosas, políticas, o simplemente conductuales de cuatro caciques mundiales. Y todo solamente a través de la elaboración de los algoritmos...

III. ALGUNOS EJEMPLOS DE DISTOPÍA EN LA JUSTICIA

Pongamos algunos ejemplos para salir de lo abstracto, de manera que se entienda bien lo que se está diciendo. Imagínese a un directivo de una de esas grandes empresas que quiere promover la compraventa de inmuebles, disminuyendo el volumen del mercado de alquiler y haciendo bajar también, al menos de momento, los precios de las viviendas. Para ello, lo único que tiene que hacer es adoptar medidas para obstaculizar los desahucios, promoviendo así las ocupaciones ilegales. En no demasiado tiempo, los pequeños propietarios acostumbrados a vivir del alquiler de una vivienda, al ver que no pueden obtener ya dinero por el alquiler, querrán vender esa vivienda. Así bajarán los precios de esas viviendas al haber cada vez más en el mercado, aumentando la oferta. De ese modo, podrán acabar acaparando ese mercado en el futuro, momento en que podrán regular los precios de alquileres y ventas a su voluntad, porque no tendrán rivales. Al cabo de un cierto tiempo, volverán a vender al precio que quieran, e incluso promover los alquileres si les interesa, consiguiendo, entonces sí, desalojos exprés. Y siempre ganarán dinero, simplemente a través de la manipulación del algoritmo que eventualmente se ocupe de resolver los desahucios y los desalojos, haciendo algo tan sumamente sencillo como que los procedimientos sean más o menos lentos, por ejemplo. Y piénsese que los proce-

dimientos de desahucio son muy frecuentes y reiterativos, por lo que son perfectos para que sean de los primeros en verse influidos por la IA.

Pongamos otro ejemplo: las reclamaciones de cantidad. Puede pensarse que a cualquier gran empresario le interesa que las deudas se paguen y, efectivamente, suele ser así. Pero si lo que desea es eliminar competidores, lo que es perfecto es que las deudas se paguen muy lentamente —o no se paguen— durante un tiempo relativamente prolongado y esos competidores fenezcan ahogados por el volumen de los impagos. Mientras tanto, los grandes empresarios podrán aguantar ese período transitorio de extinción de los rivales porque tienen mucho más músculo económico. De nuevo, lo único necesario es que acudir a la Justicia sea lento y costoso, y que estos procedimientos se sustancien de manera más farragosa cuando interese. Un algoritmo puede generalizar este modo de hacer las cosas de una manera nunca vista.

Lo mismo podría suceder con la persecución de algunos pequeños delitos, como los hurtos o los robos de escasa cuantía, si lo que se busca es generar sensación de inseguridad para que la población acepte dócilmente leyes o actuaciones policiales o directamente gubernamentales en general, cada vez más restrictivas de su libertad. Para todo ello es necesario que el servicio de Justicia funcione deficientemente. De hecho, a veces cabría sospechar si las actuales calamidades en la labor de los tribunales no obedecen a una oscura voluntad superior en ese sentido, si no fuera porque el servicio de justicia hace mucho tiempo que se presta de manera deficiente y ello no es debido a una mano negra, sino a una muy conocida y extendida falta de atención política a dicho servicio por ser escasamente rentable en el terreno electoral.

Por supuesto, todo puede suceder al revés. De repente, puede haber procedimientos que se sustancien a velocidad meteórica, aparentando eficiencia, allí donde se localice un grupo de asuntos que preocupa enormemente a la sociedad en aquel momento. Pongamos por caso que en un instante determinado se decide perseguir algunos de los llamados «delitos de odio». Inmediatamente se configurará el algoritmo para que los detecte con extrema facilidad en las publicaciones de redes sociales, por ejemplo, siendo más o menos generosos en esa apreciación. Todo depende de si se desea que la sociedad goce más o menos ampliamente de su libertad de expresión.

Se han ofrecido a propósito situaciones que, sin citar referentes, habrán hecho pensar al lector en casos concretos que ya conoce, para evidenciar que el ser humano poderoso que toma las decisiones de manipular a la sociedad, no es que cambie con la IA, sino que consigue con mucha mayor facilidad sus objetivos, siempre que sepa utilizar la herramienta, claro está. En resumidas cuentas, si los gobiernos contratan a una empresa privada para diseñar las aplicaciones correspondientes en materia de Justicia, por mucho que encarguen el diseño de los algoritmos de acuerdo con los intereses institucionales decididos por los parlamentos, el control de la *black box* les será sumamente difícil, por muchos observadores o controladores externos que dispongan. Y es que el principal problema será ese:

INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y JUSTICIA: ¿PERDEREMOS EL CONTROL?

que son externos. Y si ya desde dentro a veces es difícil conocer con precisión las evoluciones de los algoritmos¹⁹, desde fuera se convierte en una tarea titánica que no está razonablemente al alcance de prácticamente nadie. De ese modo, la impunidad puede llegar a ser casi total.

IV. LA ENTRADA DE LOS ESTADOS EN EL SECTOR «IA Y JUSTICIA»

Por ello, es urgente y obligada la entrada de los Estados en ese negocio, teniendo una estructura propia formada, al menos, por ingenieros de telecomunicaciones, informáticos y matemáticos que diseñen las aplicaciones y los algoritmos relacionados con la Justicia. El plan de actuación que habría que emprender, debería comprender al menos los siguientes pasos:

En primer lugar, debe reclutarse a los matemáticos, informáticos e ingenieros de telecomunicaciones de la estructura, sin excluir la posibilidad de contratar a otros profesionales, como sociólogos y psicólogos. En todo caso deben ser personas, no solamente de alta capacitación, sino que también debe revisarse su perfil personal. Van a tener entre manos un trabajo desde el que podrían manipular todo el funcionamiento de una futura herramienta de la Justicia con sesgos ideológicos. Por ello, el sistema no puede permitirse que haya fanáticos en sus filas, sino personas de gran flexibilidad y pragmatismo que piensen solamente en cumplir su encargo, y no aprovechar su función con el fin de imponer sus visiones políticas²⁰ en un sector tan sumamente sensible como el de los tribunales. En el fondo, deben tener idénticas garantías en cuanto a su independencia y objetividad que si fueran jueces, puesto que van a parametrizar y automatizar el trabajo de los propios jueces en no pocos asuntos, lo que implicará, a la postre, sustituirles, aunque suene muy duro decirlo. Pero es que esa sustitución se ha operado ya en los asuntos más reiterativos, llevando habitualmente toda la tramitación, sentencia inclusive, no todavía la IA, pero sí desde hace décadas el personal administrativo de los tribunales. Lo que ocurrirá con la IA es que esa sustitución se hará más evidente para cualquier observador. Pero en cuanto a la labor judicial en esos casos, no solamente es que no va a cambiar nada, sino que se producirán muchos menos errores que actualmente debido a que dejará de influir el factor humano.

La segunda fase es la definición de los objetivos que tendrá la herramienta. Sus fabricantes deben saber muy bien qué es lo que les pide el Estado que hagan en materia de Justicia. El primer objetivo es la automatización de los asuntos que no suelen ser complejos y que, por tanto, admiten esa mecanización. Es una decisión que debe reflexionarse muy bien porque en esos supuestos la sustitución del juez

19. Tufekci, Z., «Algorithmic Harms beyond Facebook and Google: Emergent Challenges of Computational Agency», 13 *Colo. Tech. L.J.* 203, 2015, pp. 203 y ss.

20. Reid, M., «Rethinking the Fourth Amendment in the Age of Supercomputers, Artificial Intelligence, and Robots.» *West Virginia Law Review*, 2017, 119 (3), p. 873.

por la máquina va a ser prácticamente total. Por tanto, también debe establecerse la posibilidad de que el juez paralice el proceso si detecta que el caso es distinto y que, por tanto, no debe ser resuelto de modo automatizado, lo que obligará a establecer un sistema de alertas cuando eso ocurra²¹.

El segundo y último objetivo será establecer en qué sectores adicionales se dejará que incida la IA. Los principales candidatos a ello son la ejecución dineraria de los procesos no penales, las medidas cautelares, la prueba y la redacción del juicio de derecho en una sentencia²². La ejecución dineraria consiste en la búsqueda del patrimonio del ejecutado, su selección y liquidación para obtener rendimiento económico. Existiendo múltiples bases de datos patrimoniales, todas esas operaciones son perfectamente automatizables. Sólo en los pocos supuestos en que surgen inconvenientes jurídicos con el embargo de algún bien —tercería de dominio, por ejemplo—, la ejecución detendría su automatización. Pero supuestos como el de las inembargabilidades, podrían ser introducidos con facilidad en las bases de datos de la herramienta. El resto de incidencias —bienes gananciales, cargas registrales, etc.— también se dejan automatizar en gran medida, pero siempre podrán suponer la paralización del procedimiento en espera de la decisión judicial, previo aviso del deudor o alerta del sistema.

En el resto de sectores —medidas cautelares, prueba y redacción del juicio de derecho—, debe quedar muy claro a los técnicos que en este caso se están configurando, no automatizaciones de los procedimientos, sino asistencias a los jueces que no van a sustituir su parecer, que siempre será individualizado. Es más, la mayoría de las medidas cautelares y de los criterios de valoración de la prueba no son parametrizables, sirviendo la herramienta de IA más bien para sugerir al juez pareceres o simples ideas, pero no para enviar a prisión a nadie²³ o establecer la credibilidad de un testigo o la corrección científica de un dictamen pericial. Es decir, lo que va

21. Vid. Libro blanco sobre la inteligencia artificial - un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza, Bruselas 9.2.2020, COM(2020) 65 final, p. 25.

22. Sobre todos estos aspectos, vid. ampliamente Nieva Fenoll, J. *Inteligencia artificial y proceso judicial*, cit. Madrid 2018. Bonet Navarro, J., «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, 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>. Sourdin, T., *Judges, Technology and Artificial Intelligence, The Artificial Judge*, Cheltenham 2021. Forrest, K. B., *When Machines Can Be Judge, Jury, and Executioner. Justice in the Age of Artificial Intelligence*, Singapur 2021.

23. 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. Larson, J.; Mattu, S.; Kirchner, L.; Angwin, J., «How We Analyzed The Compas Recidivism Algorithm», *Propublica*, 23-5-2016, <https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm>. Vid. También Quattrococo, S., *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings*, Springer 2020.

a hacer la herramienta es recordarle al juez los criterios Daubert²⁴, o los criterios de valoración del SVA²⁵ —Statement Validity Assessment— para personas interrogadas. O algunos parámetros de la psicología de la personalidad para la detección del riesgo de reincidencia²⁶. Pero no debe hacer evaluaciones que el juez pueda copiar, sino simplemente ofrecer criterios aplicables en el caso concreto que el juez deberá valorar libremente, como ocurre con toda —o casi toda— la actividad probatoria.

La tercera fase es la aprobación parlamentaria de dichos objetivos, lógicamente a través de una ley aprobada con amplia mayoría, como todas las que afectan derechos fundamentales, dado que esta puede vulnerar de manera muy relevante varios de esos derechos, en particular el derecho de defensa. La Ley tiene que marcar los objetivos que he señalado, indicando con mucha precisión los procedimientos en que se operará una sustitución del juez, y aquellos en los que no debe operarse jamás, a riesgo de que los criterios de justicia del juez-ser humano, por discutibles y polémicos que sean, acaben siendo sustituidos por los criterios de los gestores del sistema de IA. Adicionalmente, la ley también debe regular los criterios de reclutamiento de los trabajadores del sistema, haciendo especial mención a la revisión de las personalidades de los seleccionados y el control externo periódico del normal funcionamiento de su trabajo. No es nada diferente de lo que hace cualquier departamento de recursos humanos que funcione debidamente. Lo que ocurre es que sorprendentemente, en la contratación administrativa o funcionarial, todo lo anterior es insólito y tiene que dejar de serlo.

La cuarta fase, que puede iniciarse paralelamente a las anteriores, es la recogida de datos. Hay que empezar a pedir a los trabajadores de la justicia —particularmente a los jueces y a los Letrados de la Administración de Justicia— que empiecen a recopilar los datos decisionales de las resoluciones que dictan. No es una labor fácil. Hay que elaborar cuestionarios que lo ideal sería que rellenaran en cada proceso, pero basta, al menos en un principio, con hacerlo en unos cuantos procesos seleccionados. Lo que queremos es recoger los criterios o razones que se utilizan

24. 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. 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. Dondi, A., «Paradigmi processuali ed “expert witness testimony” nel diritto statunitense», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1996, pp. 261 y ss. Auletta, F., *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, Padova 2002. Ansanelli, V., *La consulenza tecnica nel processo civile*, Milano 2011.

25. Köhnken, G. / Manzanero, A.L. / Scott, M. T., «Análisis de la validez de las declaraciones: mitos y limitaciones», *Anuario de Psicología Jurídica*, 2015, pp. 13 y ss. Bueno Ochoa, L., «El protocolo SVA como sistema de análisis de validez de las declaraciones en contextos forenses», en Fustes-Planas (ed.), *Concepciones sistemáticas y visiones literarias del Decho. Principios del Derecho VI*, Madrid 2020, pp. 441 y ss.

26. Andrés-Pueyo, A. / Arbach-Lucioni, K. / Redondo, S., «The RisCanvi: A New Tool for Assessing Risk for Violence in Prison ans Recidivism», en *Handbook of Recidivism Risk/Needs Assessment Tools*, Chichester 2018, pp. 255 y ss.

para decidir hacer un acto procesal, y específicamente en el caso de los jueces, necesitamos que empiecen a explicar por qué escogen una interpretación de la ley en lugar de otra, por qué creen a un testigo o por qué les parece creíble un dictamen pericial, y todo ello va mucho más allá de lo que se suele reflejar en la motivación. La elaboración del cuestionario no es fácil, pero si nunca se activa, será imposible obtener herramientas que ayuden a los jueces con la debida seguridad jurídica. Esas herramientas les quitarán una cantidad ingente de trabajo, pero en esta primera fase es imprescindible realizar esta labor de recogida en los aspectos que sea posible y que deben seleccionarse. La IA necesita muchísimos datos, y no puede trabajar sin ellos. En este sentido, la doctrina debería prestar una labor esencial de asistencia en la elaboración de esos cuestionarios.

La quinta fase consiste en la elaboración de la aplicación. Los técnicos de esa estructura antes citada ya habrán sido seleccionados y es el momento de que se pongan a trabajar configurando los algoritmos de la herramienta IA de la Justicia. Esa elaboración requerirá tiempo, aunque menos de lo que se puede pensar si la fase anterior se ha cumplido debidamente, sin atajos consistentes en cargar en el sistema todas las resoluciones judiciales y que la herramienta realice una especie de resoluciones predictivas al estilo de ChatGPT. Algo así sería un inmenso fracaso. Se heredarían errores y mecánicas de trabajo del pasado, no se corregirían las disfunciones y acabarían apareciendo resoluciones judiciales afectadas de un sinnúmero de sesgos de épocas pasadas que sería complicadísimo corregir, hasta el punto de que las sentencias acabarían siendo ridículas en demasiados casos. Además, la jurisprudencia dejaría de evolucionar de esa forma, puesto que las nuevas resoluciones generadas con IA, ya no innovarían ni aportarían nada creativo o ingenioso, adecuado para el caso concreto, sino que sería todo un conjunto de corta-pegas absolutamente inaceptable. El desprestigio, no ya de la Justicia, sino de la herramienta IA y de su propio uso en materia judicial, simplemente se traduciría en un inmenso fracaso.

La sexta y última fase consiste en la desclasificación de los algoritmos del sistema creado. Los justiciables y sus abogados, por un esencial respeto al derecho de defensa, deben tener la posibilidad de saber a qué se están enfrentando para poderse defender. Hemos aceptado hasta ahora que los jueces decidan según su criterio personal simplemente porque el juzgador es uno de los nuestros, un ser humano que decide con su experiencia, pero al que tratamos de controlar a través de las leyes que debe aplicar —aunque su criterio pudiera haber sido contrario al legal— y a través de la motivación de la sentencia, para que nos explique por qué ha decidido en un determinado sentido. Tal vez no podemos ir más allá en ese escenario, pero cuando se trata de una aplicación de IA, no es que podamos ir más allá, sino que tenemos que ir mucho más allá. No podemos tolerar que la herramienta funcione de modo secreto, sino que debe ser previsible y controlable, sobre todo para evitar manipulaciones y corregir errores²⁷.

27. Abordé el tema en Nieva Fenoll, «Technology and fundamental rights in the judicial process», *Civil Procedure Review*, v. 13, mal.-ago. 2022, pp. 53 y ss.

INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y JUSTICIA: ¿PERDEREMOS EL CONTROL?

La excusa que suelen ofrecer las empresas para no desclasificar los algoritmos es que protegen con ello su propiedad intelectual²⁸. De ahí la ventaja de que esta herramienta la configure una empresa pública, que no ponga inconvenientes en ese sentido. Además, los algoritmos no se pueden revisar a simple vista, pero la posibilidad de su revisión técnica debe existir siempre. No hay razones de seguridad nacional que pudieran prever lo contrario, porque no tiene ningún inconveniente que la Justicia revele su modo de funcionar. No es una sociedad secreta. Es un servicio público a la ciudadanía.

V. PREVENCIÓN DE PRIVATIZACIONES

Un peligro enorme es que, una vez configurada la herramienta, los Estados se cansen de destinar recursos para su mantenimiento y mejora, y decidan delegar en manos privadas esa gestión y optimización del sistema, exactamente igual que a veces han hecho con los servicios postales, energéticos o de salud entre otros. En esos casos ya ha sido grave perder esa atención a la ciudadanía, pero en el sector de la Justicia es simplemente inaceptable.

La razón es que transferir el funcionamiento de la herramienta de IA de la Justicia sería tanto como privatizar el poder judicial, es decir, confiar la formación y selección de jueces en una empresa privada que preste ese servicio, lo que lo arrancarían de las manos de la soberanía popular para poner a su frente a la alta dirección de una empresa que, sin duda, funcionaría de un modo u otra forma autocrática, por muchos controles externos o auditorías de funcionamiento que intentasen imponérselos. Al final, las empresas tienen vida propia y es tremendamente difícil controlar su gestión en los detalles clave.

El poder judicial es un sector estratégico de cualquier estado. De sus decisiones depende no solamente en muchas ocasiones la gobernanza de un país, sino también el mantenimiento de la paz pública y a la postre de la libertad de los ciudadanos. Por supuesto, una empresa privada seleccionaría a los jueces a su entera conveniencia, no solamente económica en función del tejido empresarial al que perteneciera o en función de alianzas con otras empresas. Como ya se advirtió, sería la oportunidad de darle a muy pocas personas el control de la orientación ideológica de los jueces. Ello, por cierto, ya es un problema en estos momentos en que no se ve la ocasión de garantizar el pragmatismo de los jueces superiores al menos, y bien al contrario, los partidos políticos tratan de colocar a sus fieles de confianza en las altas magistraturas para manipular su funcionamiento. Es algo que de tan reiterado, se ha normalizado de una manera imprudente, al estilo de lo que sucede con los nombramientos de los jueces del Tribunal Supremo de los

28. Cfr. Larson, J. / Mattu, S. / Kirchner, L. / Angwin, J., «How We Analyzed the Compas Recidivism Algorithm», *Propublica*, 23-5-2016, <https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm>

EEUU²⁹. Se trata de un pésimo ejemplo que no solamente no habría que seguir, sino que sería imprescindible condenarlo y expulsarlo de nuestras democracias, en beneficio de un sistema que realmente elija a juristas de auténtico prestigio sin vinculaciones ideológicas tan sumamente íntimas. La prestación por parte de muchos de esos altos magistrados de servicios pasados a esos partidos políticos, estuvieran o no en el Gobierno, está alcanzando ya extremos de pura vergüenza. De hecho, no pocos jueces saben ya muy bien que la clave de sus ascensos dentro de la carrera depende, precisamente, de esas vinculaciones políticas.

Y es que con esa privatización se haría realidad por otra vía el antiguo sueño de muchas de esas grandes empresas: la privatización del sistema de Justicia. Como se advirtió, aprovechándose de una ingenua corriente posmoderna³⁰, llevan desde los años setenta del siglo XX inmersos en una campaña de desprestigio social del poder judicial, favoreciendo su ahogo económico y el desinterés gubernamental por la catastrófica situación, promoviendo al mismo tiempo los llamados A.D.R., es decir, los medios alternativos de resolución de conflictos, que es, como ya se advirtió, el escenario en que desaparece la igualdad de partes que garantiza un proceso judicial. Estas empresas pueden, no sólo influir en el nombramiento de los árbitros interviniendo en las asociaciones arbitrales directa o indirectamente, sino que también pueden participar en la formación, privada por supuesto, de mediadores, haciendo que estos se comporten de acuerdo con patrones de conducta que les acaben favoreciendo, promoviendo acuerdos que no son sino una aceptación de los abusos empresariales por parte de consumidores ingenuos que no desean litigar. Para que todo ello funcione, naturalmente, es necesario mantener al servicio de justicia bajo mínimos de una subsistencia razonable.

En consecuencia, es imprescindible la formación de este servicio público que cree y se ocupe del mantenimiento de la herramienta de IA de la justicia. Cualquier otra alternativa externalizadora en manos privadas redundará en una alienación del servicio que, aunque ahora cueste concebirlo, acabaría cambiando nuestra sociedad.

VI. EL METAVERSO: POR AHORA, UNA ANÉCDOTA

Aunque no se trata del tema principal de este trabajo, es preciso dedicarle unas breves palabras al llamado «metaverso», por ser precisamente un ejemplo de lo que puede suceder si se deja que una iniciativa privada se inmiscuya en sectores clave de la vida democrática de la ciudadanía.

29. Epstein, L.; Segal, J.A.; Westerland, C., «The Increasing Importance of Ideology in the Nomination and Confirmation of Supreme Court Justices», 56 Drake L. Rev. 609 (2007-2008), pp. 609 y ss.

30. Sobre el tema, ampliamente, Aliste Santos, *Hacia la justicia posmoderna*, Barcelona 2022, pp. 13 y ss y 85 y ss.

Se trata de un entorno virtual³¹ promovido por algunas empresas, especialmente Meta, en el que gracias a unas gafas de realidad virtual, sus usuarios pueden tener una experiencia sensorial más vívida que si simplemente interactúan mirando unas pantallas. Ahora mismo, ese entorno virtual es prácticamente como el que se obtendría si alguien se introdujera en una película de dibujos animados de bajo presupuesto, asignándose a cada usuario un avatar que ahora mismo es simplemente ridículo y que, aun pretendiendo modernidad, parece ya antediluviano. De ese modo, todos los usuarios y sus avatares pueden interrelacionarse pudiendo llegar a tener la sensación de que se están tocando, no por experimentar esa sensación física, sino porque el cerebro la procesa como si estuviésemos teniendo una especie de sueño.

Insisto, ahora mismo la experiencia es algo ridícula. Pero cuando en el futuro mejore de manera muy relevante este entorno gráfico y ya no haya avatares, sino imágenes nuestras generadas con inteligencia artificial que crearán una sensación de estar realmente ante otras personas en un entorno que también aparente perfección, mejorando a la vez nuestra recepción visual y auditiva con los instrumentos adecuados, la sensación será mucho más parecida a la que en la película *The Matrix* (1999) Neo experimenta cuando ingresa en «Construct», un programa de carga que se puede alimentar con todos los efectos de la vida cotidiana que se deseen, y que se perciben como reales una vez el sujeto ingresa en el programa conectándose directamente no con sus ojos y sus oídos, sino directamente con su cerebro. En ese momento es cuando cualquiera se haría la pregunta que Neo se hace: «*This isn't real?*». A lo que Morpheus contesta con dos preguntas que son entre filosóficas e inquietantes: «*What is "real"? How do you define "real"?*»

La utilidad del uso de un entorno semejante es evidente en materia de entrenamiento militar o deportivo, más allá de todo tipo de entretenimiento que haga percibir, por ejemplo, una de las actuales películas como algo en lo que el sujeto está participando desde muy cerca, incluso aunque sea pasivamente. En materia judicial, las utilidades del metaverso han comenzado a ser estudiadas³², aunque de momento no parecen pasar de la utilidad de resolver conflictos generados en el propio metaverso dentro del mismo entorno virtual. O de facilitar el acercamiento de las partes en procesos jurisdiccionales o en negociaciones, haciendo que la distancia deje de determinar las normas de competencia o cree una sensación de lejanía entre árbitros, mediadores y partes.

Actualmente, lo cierto es que no se percibe la utilidad de interactuar a través de avatares, que no son más que muñecos. Pero cuando los entornos gráficos

31. Entre otros muchos, Sparkes, M., «What is a metaverse», *NewScientist*, vol. 251, 3348, 21-8-2021, p. 18. Ng, D. T. K., «What is the metaverse? Definitions, technologies and the community of inquiry», *Australasian Journal of Educational Technology*, 38 (4), 2022, pp. 190 y ss.

32. Vid. por todos Bueno de Mata, F., «Del metaverso a la metajurisdicción: desafíos legales y métodos para la resolución de conflictos generados en realidades virtuales inmersivas», *Revista de Privacidad y Derecho Digital*, julio-septiembre 2022, n. 27, pp. 19 y ss.

mejoren muy relevantemente, como ya se ha dicho, el uso de esta tecnología podrá ser mucho más extendido, porque siempre será mejor tener la sensación de estar delante de alguien que verlo simplemente en una pantalla. El salto definitivo se dará cuando la conexión con el sujeto vaya más allá de generar audio y vídeo, extendiéndose al resto de sentidos del ser humano.

Sin embargo, queda muchísimo tiempo para que eso ocurra y, de hecho, actualmente podría compararse nuestra evolución en esta materia con la distancia tecnológica existente entre un salto en paracaídas y un viaje interestelar a velocidades superiores a las de las actuales naves espaciales. Es decir, ahora simplemente hemos aprendido a hacer un paracaídas, que no es poco, pero ese artilugio está muy lejos de un viaje a una galaxia vecina. En consecuencia, los entornos parecidos al metaverso solamente generarán —cuando mejoren— una comunicación mejor a las de las actuales videoconferencias, lo que en el *statu quo* actual sería relevante en materia de interrogatorios y de presentación de alegaciones, de manera que se podrían evitar las audiencias en las salas de justicia, el traslado de presos a los tribunales, la presencia física de público, etc. Sucede, no obstante, que tampoco sabemos si en el futuro se seguirán celebrando muchos interrogatorios, toda vez que la psicología del testimonio³³ nos está descubriendo que los juristas estamos practicando en los interrogatorios simples pantomimas autocomplacientes que sólo se ven guiadas por la intuición, lo que es inaceptable a los efectos del razonamiento probatorio. Además, es más que probable que si se implementa la IA en materia de Justicia en el sentido propuesto en este trabajo, nuestros extensos alegatos actuales sean reducidos algún día a cruces en cuestionarios preconcebidos, cuya única motivación será la aplicación de la ley una vez se acredite que los hechos juzgados se corresponden con el supuesto de hecho previsto por la norma. Por tanto, las motivaciones, tal y como hoy las conocemos, serán más infrecuentes y limitadas a los casos más complejos.

Pero volviendo al tema, no se olvide que el metaverso actualmente sólo es, pese a la publicidad muy agresiva que se le ha dado, un entorno gráfico con las posibilidades de audio que ya conocemos. Con todo, habrá que estar atentos a las posibles evoluciones de esta herramienta o de otras parecidas.

VII. ENTRE BLADE RUNNER, UN MUNDO FELIZ Y 1984

Ya se ha citado a *Matrix* entre las evocaciones literarias concernidas en este artículo. Existe una cierta tendencia a hacerlo cuando se habla de tecnología y se mira hacia el futuro, puesto que no es sólo que aquellos que escriben ciencia ficción con frecuencia hayan hablado antes con científicos que les han contado los últimos

33. Loftus, *Eyewitness testimony*, Cambridge 1996. Mazzoni, G. *Psicologia della testimonianza*, Roma 2015. Madrid 2010. Diges, M., *Los falsos recuerdos*, Barcelona 1997. Manzanero, A., *Memoria de testigos*, Madrid 2010.

avances en sus ciencias, desconocidos en general para la población, sino que los propios científicos evocan a veces esos relatos fantásticos para definir líneas de investigación futura. Aunque ello es muy infrecuente en materia jurídica, en ocasiones esa literatura también sirve para evocar realidades de los próximos tiempos. No es lo que se ha hecho en este trabajo, que ha estado centrado sólo en la realidad actual y sus avances previsibles. Sin embargo, como colofón del mismo sí es oportuno ilustrar lo indicado recurriendo brevemente a esa literatura fantástica, aprovechando para desmontar algunas de las afirmaciones más osadas de las que se han dicho en la doctrina en los últimos tiempos.

Hablando de inteligencia artificial y justicia, algunos se han referido al «juez-robot». El término es correcto si se refiere a un sistema de *software*, pero normalmente se evoca con una máquina capaz de efectuar movimientos. El más conocido por la ciudadanía es el robot humanoide, que evidentemente puede ir mejorando con el tiempo en su apariencia física hasta el punto de convertirse en un organismo vivo idéntico a nosotros, pero ya programado para realizar algunas tareas. Esos eran los replicantes de *Blade Runner* (1982).

Nunca existirá un ingenio de esas características en materia judicial, simplemente porque no es necesario. Primero porque es bastante probable que si algún día conseguimos generar algo así, también hayamos sido capaces de encontrar el modo de resolver nuestros conflictos de manera mucho más pacífica que la actual. En el fondo, en un proceso judicial se produce un enfrentamiento, y cabe suponer que en el futuro puede hallarse una forma más eficiente de resolver desencuentros que no pase por acudir al parecer de un tercero³⁴. Pero en segundo lugar, porque no es necesario darle forma humana al programa IA de la Justicia. Es muchísimo más eficiente que sea una simple máquina sin rostro, como H.A.L. de *2001: A Space Odyssey* (1968), que reciba datos y emita muy rápidamente resoluciones judiciales.

Por tanto, no vamos a necesitar formar a ningún cuerpo policial para que vaya identificando a los jueces replicantes, a fin de apartarlos de la función judicial. Al contrario, la figura del juez es eminentemente humana y responde a la necesidad social de que un tercero escuche —o lea— a las partes en conflicto y evalúe sus pruebas, emitiendo después su parecer de acuerdo con su propio criterio de justicia, a veces determinado por las leyes hechas por la propia ciudadanía, y otras veces esperando que esa noción de justicia sea intersubjetiva y por tanto coherente con el sentir general de la población. Ese recurso al «ser humano bueno» que es la justicia desaparece cuando se activa un sistema de IA, incluso de la forma limitada que se ha visto en este trabajo. Cambia completamente el paradigma y en esa situación solamente hay que controlar que quien elabora los algoritmos, no supere los criterios establecidos en la ley

34. Vid. Martín Diz, F., «Inteligencia artificial y ADR: evolución en el arbitraje y la mediación», *La Ley. Mediación y Arbitraje*, n. 2, 2020.

En realidad, el sistema de IA de la Justicia nos podría situar más bien en un entorno similar al imaginado por Huxley en *Un mundo feliz*³⁵: una sociedad de unos pocos elegidos narcotizada con la felicidad de sus consumos, absolutamente separada del terreno de los salvajes, que no gozan de esa narcosis y que, por tanto, ven la realidad. Efectivamente, la IA tiene muchas posibilidades de hacernos sentir felices con su uso, como ya se explicó en este mismo trabajo cuando se previno de la asunción del negocio por parte de las empresas privadas. Se prioriza lo que más preocupa a la gente, se la hace sentir empoderada y a partir de ahí se la puede manipular como se quiera. Solamente quien no participa del sistema sabe que todo es falso, y que responde simplemente a una voluntad de control de esa gran empresa con fines, no ya económicos, sino de proselitismo ideológico o de simple ejercicio del poder absoluto.

Y ello nos conduce a 1984³⁶. Se trata la sociedad distópica imaginada por Orwell observando sobre todo los sistemas totalitarios, pero no solamente, sino también las manipulaciones informativas de la prensa. En aquel momento Orwell intuyó una estrategia de control ciudadano en el que se obligaba a cada sujeto a sentirse feliz con su vida y con el sistema de gobierno, al tiempo que se manipulaban las noticias y la historia a la conveniencia del gobernante en cada momento, sometiendo además a un férreo control de vigilancia a la población como el que ya se había observado en la Alemania nazi con la Gestapo sobre todo, y que se replicó de manera espectacular en la Unión Soviética y en otros países de la órbita de aquel imperialismo.

La forma de evitar llegar a esa situación sin que nos enteremos es que los Estados tomen las riendas de estas herramientas de IA que afecten a sectores institucionales clave, como es el caso de la Justicia. Es cierto que Orwell imaginó que sería la iniciativa estatal la que podría crear un Gran Hermano, y ciertamente así podría haber sido. Pero en nuestras democracias tenemos los instrumentos para evitarlo. Si dejamos que nuestras instituciones se echen en brazos de algunas de esas grandes empresas, serán ellas las que manipularán el sistema sin que nos enteremos. Seguirá habiendo elecciones y seguiremos pensando que escogemos a nuestros representantes, pero todo habrá sido manipulado ya en origen. Sólo se presentarán los que quiera esa dirigencia económica, y una vez en el poder, seguirán sus dictados. En materia de Justicia puede ser todo incluso más sencillo, al no existir habitualmente ese elemento electoral. De ese modo, no habrá más justicia que la imaginada por la dirigencia de esas empresas. Olviden que la herramienta de IA refleje el sentir ciudadano sobre esa antigua noción de lo que un grupo humano considera positivo. Al contrario, será ese sentir ciudadano el que repetirá el dictado que quiera establecer la dirigencia. Sin saberlo, y creyéndose libres.

De nuevo, como decía Morpheus: *What is «real»*.

35. Huxley, A., *Brave New World*, 1932.

36. Orwell, G., *Nineteen eighty-four*, 1949.