



Los jueces y las nuevas tecnologías bajo un prisma ético

David Ordóñez Solís

Magistrado, miembro de la Red de Especialistas de Derecho de la Unión Europea y secretario ejecutivo de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial

Resumen: La Comisión Iberoamericana de Ética Judicial adoptó el 12 de marzo de 2020 un dictamen sobre la dimensión ética del uso por los jueces de las nuevas tecnologías. En el marco jurídico de una protección de la vida privada y una intensificación de la transparencia de los poderes públicos, los jueces se enfrentan a los desafíos que las nuevas tecnologías suponen en su quehacer diario. El dictamen subraya la importancia de principios y virtudes éticas de los jueces como la de adoptar una actitud positiva ante las nuevas tecnologías y su compromiso de formación permanente, la transparencia y el secreto profesional, e insiste en los consejos de prudencia en el uso por los jueces de las redes sociales. Esta Comisión es un órgano de la Cumbre Judicial Iberoamericana y trata de enfrentarse a los nuevos retos del ejercicio de la función judicial en el siglo XXI en un espacio privilegiado de 23 países de Europa y América. Su último dictamen contiene unas recomendaciones basadas en la idea de que la tecnología debe estar al servicio de la justicia y debe respetar la igualdad de las partes y la dignidad del ser humano.

I. INTRODUCCIÓN

Recientemente dos tribunales, uno en los Estados Unidos de América y otro en Europa, han conocido de sendas disputas muy similares sobre el uso de algoritmos a la hora de juzgar y, sin embargo, las han resuelto de modo distinto. En realidad, los referidos algoritmos son dos programas informáticos utilizados por organismos públicos, denominado el primero *COMPAS* (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*), un programa de evaluación de las probabilidades de reincidencia de delincuentes, propiedad de una empresa privada y aplicado en los Estados Unidos; y llamado el segundo *SyRI* (*Systeem Risico Indicatie*, o sea, Sistema Indicativo del Riesgo), un programa informático creado por el Gobierno holandés y amparado por la ley con el fin de procesar gran cantidad de datos procedentes de distintos departamentos administrativos con el fin de identificar a los probables defraudadores en materia de beneficios y ayudas sociales así como de impuestos.

En Wisconsin el Tribunal Supremo estatal se pronunció en 2016 en el sentido de que los jueces podían apoyarse para su actividad sentenciadora, aunque con ciertas prevenciones, en los resultados de *COMPAS* (1). Durante el juicio se había puesto de manifiesto que, amparándose en el derecho al secreto comercial, la empresa propietaria no había facilitado al tribunal los elementos utilizados por el programa informático. El Tribunal de Wisconsin exige, para que este procedimiento sea compatible con los derechos del justiciable a un proceso justo, que toda evaluación presentada ante los tribunales y basada en *COMPAS* advierta de los factores que deben tenerse en cuenta al aplicar el programa para decidir las penas: en primer lugar, debe señalar que no se ha hecho público

cómo opera la ponderación de los factores tenidos en cuenta ni se ha determinado cómo puntúan los riesgos; en segundo lugar, debe subrayar que los datos que se toman en consideración son los nacionales de todo Estados Unidos pero no los del estado donde se juzga al delincuente; en tercer lugar, debe exponer que es probable que el programa tenga en cuenta de una manera desproporcionada la mayor probabilidad de reincidencia de los delincuentes de las minorías; en fin, ha de indicarse que los instrumentos del programa deben ser continuamente controlados y reajustados adaptarlos a la población en que se aplica (2) .

En cambio, el Tribunal de Distrito de La Haya en 2020 consideró que la legislación neerlandesa que amparaba el programa *SyRI* vulneraba el derecho a la vida privada y familiar consagrada por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos porque no aseguraba una aplicación transparente y verificable del programa (3) . En este caso fue especialmente relevante la intervención como *amicus curiae* del relator especial de las Naciones Unidas sobre la extrema pobreza, Philip Alston, que puso de manifiesto el uso predominante de *SyRI* en los barrios pobres de las grandes poblaciones holandesas, a pesar de que la abrumadora mayoría de los beneficiarios de ayudas sociales en Holanda no cometen fraude y, sin embargo, su derecho a la vida privada se ve afectado en un país que ha sido calificado por el Parlamento Europeo de paraíso fiscal.

Estos dos ejemplos ponen de manifiesto cómo el uso de la inteligencia artificial también empieza a aplicarse en el ámbito judicial, afectando al modo de controlar y resolver problemas, y, ciertamente, las nuevas tecnologías están transformando, poco a poco, un ámbito especialmente tradicional y que, por su naturaleza, se resiste a los cambios (4) .

En este contexto la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial acaba de aprobar, el 12 de marzo de 2020, en su reunión celebrada en Costa Rica su último dictamen sobre el uso por el juez de las nuevas tecnologías: ventajas y desafíos éticos, del que fue ponente el magistrado argentino Eduardo D. Fernández Mendía (5) .

Nuestra época exige un grado de transparencia de los poderes públicos

El dictamen gira en torno a tres cuestiones: en primer lugar, el contexto jurídico en que se inscribe el uso de las nuevas tecnologías por los jueces en una tensión permanente por garantizar una mayor privacidad de los ciudadanos y por ofrecer una mayor transparencia de los poderes públicos; en segundo lugar, el dictamen trata de subrayar las ventajas y los riesgos que suponen las nuevas tecnologías para la función de juzgar; y, por último, se centra en las consecuencias éticas para el ejercicio de la función judicial cuando los jueces utilicen las nuevas tecnologías, articulando, a tal efecto, unas recomendaciones por fuerza provisionales y adaptables a la evolución vertiginosa que estamos viviendo.

II. EL CONTEXTO JURÍDICO DEL USO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS POR LOS JUECES: LA PRIVACIDAD Y LA TRANSPARENCIA

La Constitución española de 1978 ya hizo referencia tímidamente a un desafío que por aquel entonces resultaba poco menos que pintoresco, solo tratado por algunos filósofos del Derecho, y desde entonces el artículo 18.4 dispone: «La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos».

La afortunada introducción en la Constitución de un término como informática, creado en Francia en 1962, con

apenas unos años de reconocimiento, no impidió que el término y la propia regulación envejeciesen rápidamente y solo con la ayuda de términos más amplios como el de vida privada, del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y el de privacidad de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, se ha podido hacer frente en España y en Europa al desafío de las nuevas tecnologías. En 2000 la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión consagró en su artículo 8 un nuevo derecho fundamental, creado jurisprudencialmente, a la protección de los datos personales, que debe entenderse con integrante de uno más general de privacidad o derecho de vida privada, enunciado en el artículo 7 de la Carta. Hoy en día con el *Reglamento General de Datos Personales la Unión Europea* constituye una base sólida en esta materia y, en realidad, erige estos derechos a la privacidad y a la protección de datos como importante garantía frente al uso de las nuevas tecnologías (6) .

Al mismo tiempo, nuestra época exige un grado de transparencia de los poderes públicos hasta el punto de que se consagra un derecho de acceso a los documentos de los poderes públicos. Así, por ejemplo, el artículo 42 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión consagra el derecho de «todo ciudadano de la Unión y toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro [a] acceder a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión, cualquiera que sea su soporte».

En este sentido el dictamen de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial, invocando no solo el marco europeo sino el marco universal de protección de los derechos humanos, subraya la importancia de los derechos fundamentales de los ciudadanos, en particular su derecho a la vida privada, pero también, la dignidad de las personas, así como la transparencia exigible de los poderes públicos, como valores fundamentales que también el uso de las nuevas tecnologías deben respetar.

III. LAS VENTAJAS Y LOS RIESGOS DEL USO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS POR LOS JUECES

El dictamen comentado hace un balance de las ventajas y de los riesgos que supone el uso de las nuevas tecnologías en el ámbito judicial.

Por una parte, en lo que se refiere a las ventajas se refiere a la trazabilidad, la rapidez y la transparencia.

En el caso de la trazabilidad, las nuevas tecnologías permiten seguir el rastro y ofrecen «la fiabilidad del itinerario procesal conforme a reglas preestablecidas de transparencia, garantía común a usuarios y operadores, como una demostración del debido proceso legal tecnologizado». La rapidez resulta equivalente a inmediatez y facilita la gestión diaria del abogado y del juez sin importar el lugar donde estén. Asimismo, la transparencia refuerza la obligación de publicidad de las actuaciones judiciales.

En el dictamen se hace referencia a la inteligencia artificial y a su uso en la Administración de Justicia.

Sin embargo, del mismo modo que se ha hecho desde distintos foros y organismos se advierte de la necesidad de preservar determinados valores como son los derechos humanos y tener en cuenta los siguientes principios: equidad, atención, vigilancia y rendición de cuentas; la transparencia e inteligibilidad; privacidad por defecto y en el diseño, el empoderamiento de cada individuo y reconocimiento efectivo de sus derechos, así como la lucha frente a los sesgos ilegales o discriminatorios.

En el dictamen se recuerdan los siete principios que, a juicio del *Libro blanco sobre la inteligencia artificial* de la Comisión Europea, presentado en febrero de 2020, deben respetar las aplicaciones de inteligencia artificial para

ser consideradas fiables: intervención y supervisión humanas; solidez y seguridad técnicas; privacidad y gestión de datos; transparencia; diversidad, no discriminación y equidad; bienestar social y medioambiental; y rendición de cuentas (7) .

Por otra parte, en cuanto a los desafíos, el dictamen apunta hacia la tutela judicial efectiva, a la formación de los operadores jurídicos, en particular del juez, y a los riesgos de introducir con las nuevas tecnologías sesgos discriminatorios e incompatibles con los derechos fundamentales o con la legislación aplicable.

La aplicación indiscriminada de las nuevas tecnologías puede conducir a resultados legalmente insatisfactorios

Con carácter general el dictamen advierte de que «la aplicación indiscriminada de las nuevas tecnologías en el ámbito jurídico puede conducir a resultados legalmente insatisfactorios». De hecho, en el dictamen se sugiere que «las nuevas tecnologías pueden funcionar mejor en unas áreas que otras; en particular, no es igual la inteligencia artificial aplicada en cuestiones cuantitativas y objetivas que en otros ámbitos sometidos a la intencionalidad o subjetividad. En suma, a juicio de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial, "existen ámbitos propicios para la utilización de las tecnologías, especialmente cuando se trata de tareas rutinarias, procesos cuantitativos, reservando al juez las decisiones al respecto".

IV. EL COMPROMISO ÉTICO DE LOS JUECES EN EL USO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS: FORMACIÓN, TRANSPARENCIA, SECRETO PROFESIONAL Y REDES SOCIALES

Más allá de los efectos en el ámbito jurídico y de las obligaciones legales impuestas a los jueces, el dictamen se encarga de subrayar la importancia que en este contexto tienen en el uso de las nuevas tecnologías los principios y virtudes éticos relacionados con la capacitación permanente del juez, la transparencia y el secreto profesional.

Por una parte, el dictamen insiste en la actitud positiva del juez hacia las nuevas tecnologías y sobre la necesidad de un compromiso del juez de formarse permanentemente en las nuevas tecnologías y de usar convenientemente las herramientas informáticas. No es extraña la resistencia a los avances tecnológicos por parte de algunos jueces sin que, paradójicamente, su edad sea significativa sino más bien su actitud y flexibilidad (8) . Asimismo, según el dictamen, la capacitación técnica de los jueces debe conducir a la máxima protección de los derechos humanos y el desarrollo de los valores constitucionales.

Por otra parte, la transparencia y el sigilo profesional del juez en el ejercicio de sus funciones debe mantenerse equitativamente en el uso de las nuevas tecnologías. En cuanto a la transparencia, los jueces deben vigilar que no se introduzcan sesgos inconstitucionales e ilegales con el uso de las nuevas tecnologías. Tal como ha comprobado el relator de las Naciones Unidas para la pobreza extrema, el mismo que había presentado sus alegaciones como *amicus curiae* en el asunto *SyRI* del tribunal holandés antes examinado y así lo recoge expresamente el dictamen: " es muy probable que los análisis predictivos, los algoritmos y otras formas de inteligencia artificial reproduzcan y exacerben los sesgos presentes en los datos y las políticas existentes" (9) .

Por último, el dictamen insiste en una cuestión que había merecido la atención de la propia Comisión

Iberoamericana de Ética Judicial en 2015: el uso de las redes sociales por los jueces. Precisamente, el dictamen de 2015 sirvió de inspiración para la adopción en 2018 por la Red de Integridad Judicial Global, en el marco de la Oficina de las Naciones de Lucha contra la Droga y el Delito, de unos Principios sobre el uso de las redes sociales por los jueces. Y en un sentido similar se ha pronunciado la Comisión de Ética Judicial de España en su *Dictamen (Consulta 10/18), de 25 de febrero de 2019. Implicaciones de los principios de ética judicial en el uso de redes sociales por los miembros de la carrera judicial.*

Precisamente, en la conclusiones de la sesión conjunta de la Comisión Iberoamericana y de la Comisión Española de Ética Judicial, celebrada en Madrid el 4 de julio de 2019, se subrayó:

la necesidad de que los jueces sean plenamente conscientes de los efectos positivos y negativos de su participación en las redes sociales, en relación con la imagen que pueden trasladar de su independencia, imparcialidad e integridad. Es una cuestión que precisa muchas matizaciones y atender a las circunstancias concurrentes, y respecto de la que ambas Comisiones ya se han pronunciado en algún informe y dictamen. En cualquier caso, se aprovecha la ocasión para remarcar la conveniencia de ser especialmente prudentes respecto de cómo presentarse (manifestando o no la condición de juez), el contenido de las intervenciones (que siempre han de venir marcadas por la cortesía y la educación) y la interacción con otros en la red (que debe velar por que no genere ninguna apariencia de falta de imparcialidad).

Es precisamente en este ámbito de las redes sociales donde se ha puesto de manifiesto la necesidad de un compromiso ético de los jueces con el fin de asegurar su independencia y su imparcialidad, y de hacer gala de las virtudes judiciales por excelencia, en particular la prudencia.

V. CONCLUSIÓN

No tenemos otro procedimiento de alcanzar soluciones jurídicas y éticas que el de discutirlos en el ágora pública, aquel espacio que en las florecientes ciudades griegas se iniciaban en la plaza con la invitación de "¿quién quiere hablar?" y que, ahora, por *mor* de las nuevas tecnologías podría desbordar nuestra ciudad, nuestro país y nuestro continente.

Las nuevas tecnologías están cambiando nuestras vidas y han afectado de manera especial al quehacer judicial. Parecería una temeridad que en un ámbito con una transformación vertiginosa se trate de meditar y de elaborar unas recomendaciones por su propia naturaleza transitorias.

Por esa razón el dictamen concluye con unas recomendaciones de las que se indica expresamente el carácter necesariamente provisional dada la evolución vertiginosa de las nuevas tecnologías.

RECOMENDACIONES DE LA COMISIÓN IBEROAMERICANA DE ÉTICA JUDICIAL PARA EL USO DE LAS TECNOLOGÍAS POR LOS JUECES

I. El juez y sus auxiliares deberán capacitarse permanentemente en las características, diseño, funcionamiento y funcionalidad de las nuevas tecnologías de la información con que cuenta el tribunal en que desarrollan su trabajo.

II. En la capacitación del juez deberán distinguirse por lo menos tres circunstancias para su desempeño:

- a. • Las nuevas tecnologías como un medio, instrumento o herramienta que permite una mayor eficacia, productividad o calidad en la respuesta judicial.

- b. • Las nuevas tecnologías como un objeto de un proceso judicial, a la luz de los ilícitos, actos indebidos o abusivos y de los conflictos o controversias que pueden suscitarse con y por su utilización, que derivan en litigios que deben ser tratados por el sistema judicial.
- c. • Los nuevos escenarios que constituyen el entorno de la actividad jurisdiccional a la luz de la incidencia transversal de redes sociales, banco de datos y otros similares.

III. El juez deberá tener conocimientos sobre el diseño de las nuevas tecnologías para que su utilización sea admisible (arts. 29 y 30 del Código Iberoamericano de Ética Judicial).

IV. El juez debe ser independiente para soslayar la utilización de las nuevas tecnologías cuando no se ajusten a las reglas de accesibilidad o proponibilidad o cuando no proporcionen los elementos necesarios para una correcta decisión (arts. 6 y 7 del Código Iberoamericano de Ética Judicial).

V. El juez debe ser cuidadosamente imparcial para que la utilización de las nuevas tecnologías no distorsione la igualdad de armas entre las partes.

VI. En todo caso, la motivación acerca de la existencia de duda, probabilidad o certeza en el *thema decidendi* corresponderá al juez y no al soporte tecnológico.

VII. El juez debe mantener la debida transparencia y publicidad que permita exhibir su desempeño con el auxilio de las nuevas tecnologías.

VIII. El juez debe facilitar que las nuevas tecnologías aseguren a los litigantes el derecho a un debido proceso legal en el cual se enfatiza la eficiencia y una diligente y razonable duración de los procesos.

IX. El juez debe generar, mediante una adecuada responsabilidad institucional, una genuina confianza en las nuevas tecnologías.

(1) Tribunal Supremo de Wisconsin, sentencia de 13 de julio de 2016, *State v. Loomis*, 881 N.W.2d 749 (Wis . 2016).

[Ver Texto](#)

(2) Los comentaristas están divididos sobre esta decisión que, finalmente, el Tribunal Supremo federal de los Estados Unidos no quiso entrar a enjuiciar. Así, a favor puede verse este comentario "Criminal Law — Sentencing Guidelines — Wisconsin Supreme Court Requires Warning Before Use of Algorithmic Risk Assessments in Sentencing. — *State v. Loomis*, 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016)", *Harvard Law Review* 2017 Vol. 130, pp. 1530-1537. En contra se ha pronunciado, por ejemplo, Leah Wisser, "Pandora 's Algorithmic Black Box: The Challenges of Using Algorithmic Risk Assessments in Sentencing", *American Criminal Law Review* 2019, Vol. 56, pp. 1811-1832.

[Ver Texto](#)

(3) Tribunal de Distrito de La Haya, sentencia de 5 de febrero de 2020, *NJCM c.s. / Estado de los Países Bajos (SyRI)*, C/09/550982 / HA ZA 18-388, ECLI:NL:RBDHA:2020:865.

[Ver Texto](#)

(4) Byung-Chul Han, "El virus y el mundo de mañana", *El País*, Ideas, 22 de marzo de 2020, pp. 2-4, se refiere a las diferencias políticas y culturales entre Oriente y Occidente, a la distinta actitud frente a la vigilancia digital y a la efectividad en la lucha

contra el coronavirus. Este pensador coreano afincado en Alemania explica que con datos del 20 de marzo de 2020 todo parece indicar que Asia tiene mejor controlada la pandemia que Europa lo que se explica, en particular y entre otras razones, por el uso masivo en China y Corea de tecnologías de la información dado que "la conciencia crítica ante la vigilancia digital es en Asia prácticamente inexistente".

[Ver Texto](#)

- (5) Noveno Dictamen, de 12 de marzo de 2020, de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial sobre el uso por el juez de las nuevas tecnologías: ventajas y desafíos éticos. Ponente: comisionado Eduardo D. Fernández Mendía. Los dictámenes de esta Comisión están disponibles en www.cidej.org

[Ver Texto](#)

- (6) Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) (*DOUE* n.º L 119, 4.5.2016, p. 1). El desarrollo de esta norma europea se ha realizado en España mediante la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPD 2018) (*BOE* núm. 294, de 06/12/2018).

[Ver Texto](#)

- (7) Comisión Europea, *White paper on Artificial Intelligence — A European approach to excellence and trust*, COM (2020) 65 final, Bruselas, 19 de febrero de 2020.

[Ver Texto](#)

- (8) El artículo art. 230.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la versión introducida en 2015 con una ligera modificación en 2018, dispone: "Los juzgados y tribunales y las fiscalías están obligados a utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, puestos a su disposición para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones, con las limitaciones que a la utilización de tales medios establecen el capítulo I bis de este título y la normativa orgánica de protección de datos personales. Las instrucciones generales o singulares de uso de las nuevas tecnologías que el Consejo General del Poder Judicial o la Fiscalía General del Estado dirijan a los jueces y magistrados o a los fiscales, respectivamente, determinando su utilización, serán de obligado cumplimiento".

[Ver Texto](#)

- (9) Informe del relator especial de las Naciones Unidas, Philip Alston, sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Asamblea General, A/74/493, 11 de octubre de 2019, apartado 82.

[Ver Texto](#)