

HURI-AGE

Red Tiempo de los Derechos



Papeles el tiempo de los derechos

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y JURISDICCIONALES ANTE EL DESARROLLO DE HERRAMIENTAS DE JURIMETRÍA ANALÍTICA. ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LA TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA ANTE LA LLAMADA “JUSTICIA PREDICTIVA”, ¿DÓNDE ESTAMOS?

María Concepción Torres Díaz
Universidad de Alicante

Palabras Clave: Derechos Fundamentales, Neutralidad tecnológica, Sesgos de Género, Discriminación por razón de sexo, Justicia Predictiva, Tutela antidiscriminatoria, Algoritmos e Inteligencia Artificial, Derechos Digitales.

Key Words: Fundamental Rights, Technological Neutrality, Gender Bias, Sex Discrimination, Predictive Justice, Anti-discrimination Protection, Algorithms and Artificial Intelligence, Digital Rights.

Número: 5 Año: 2022

ISSN: 1989-8797

Comité Evaluador de los Working Papers “El Tiempo de los Derechos”

María José Añón (Universidad de Valencia)
María del Carmen Barranco (Universidad Carlos III)
María José Bernuz (Universidad de Zaragoza)
Rafael de Asís (Universidad Carlos III)
Eusebio Fernández (Universidad Carlos III)
Andrés García Inda (Universidad de Zaragoza)
Cristina García Pascual (Universidad de Valencia)
Isabel Garrido (Universidad de Alcalá)
María José González Ordovás (Universidad de Zaragoza)
Jesús Ignacio Martínez García (Universidad of Cantabria)
Antonio E Pérez Luño (Universidad de Sevilla)
Miguel Revenga (Universidad de Cádiz)
Maria Eugenia Rodríguez Palop (Universidad Carlos III)
Eduardo Ruiz Vieytez (Universidad de Deusto)
Jaume Saura (Instituto de Derechos Humanos de Cataluña)

Garantías constitucionales y jurisdiccionales ante el desarrollo de herramientas de jurimetría analítica. Especial consideración a la tutela antidiscriminatoria ante la llamada “Justicia Predictiva”, ¿dónde estamos?

María Concepción Torres Díaz
Doctora en Derecho
Abogada y Profesora de Derecho Constitucional
Dpto. Estudios Jurídicos del Estado
Universidad de Alicante
concepcion.torres@ua.es

SUMARIO: I.- Planteamiento general. II.- Objetivos. III.- Conceptualizaciones. IV. Contexto normativo. V.- Aspectos conflictivos. VI.- Consideraciones finales. VI.- Bibliografía

Resumen / Abstract

El desarrollo de herramientas de jurimetría analítica – como instrumentos específicos para asistir a los sistemas de Justicia ante el colapso y saturación de los mismos en su labor de impartición de justicia – plantea muchas dudas jurídicas. Máxime cuando dichas herramientas se están desarrollando en el marco de lo que se ha catalogado como “Justicia Predictiva” en donde más allá del estudio y análisis del caso concreto, y su casuística específica se apuesta por la creación de patrones matemáticos basados en el *Big Data Judicial* a fin de diseñar modelos de decisiones judiciales basados en un tratamiento masivo de datos cuya finalidad es configurar y desarrollar algoritmos con información probabilística para la resolución de casos.

Muchas son las dudas y cuestiones jurídicas que plantean este tipo de herramientas, y su aplicación en los sistemas de Justicia actuales en el marco del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Repárese que – a día de hoy – el desarrollo de los algoritmos no son ajenos a los prejuicios y sesgos de género. Por tanto, bajo una aparente neutralidad tecnológica se corre el riesgo de elaborar decisiones judiciales discriminatorias por razón de sexo. Desde estas premisas, la Carta de Derechos Digitales elaborada a partir del Grupo asesor de Expertas y Expertos constituido por la Secretaria de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial (julio de 2021), se erige en un instrumento idóneo a partir del cual revisar las garantías constitucionales y jurisdiccionales, y específicamente su eficacia normativa para la tutela de derechos como la igualdad y no discriminación en el entorno digital, la neutralidad tecnológica, los derechos ante la inteligencia artificial, así como los derechos digitales en el empleo de las neurotecnologías.

Palabras claves

Derecho Fundamentales, Neutralidad tecnológica, Sesgos de Género, Discriminación por razón de sexo, Justicia Predictiva, Tutela antidiscriminatoria, Algoritmos e Inteligencia Artificial, Derechos Digitales.

I.- Planteamiento general

El desarrollo de herramientas de jurimetría analítica – como instrumentos específicos para asistir a los sistemas de Justicia ante el colapso y saturación de los mismos en su labor de impartición de justicia – plantea muchas dudas jurídicas. Máxime cuando dichas herramientas se están desarrollando en el marco de lo que se ha catalogado como “Justicia Predictiva” en donde más allá del estudio y análisis del caso concreto, y su casuística específica se apuesta por la creación de patrones matemáticos basados en el *Big Data Judicial* a fin de diseñar modelos de decisiones judiciales basados en un tratamiento masivo de datos cuya finalidad es configurar y desarrollar algoritmos con información probabilística para la resolución de casos.

Muchas son las dudas y cuestiones jurídicas que plantean este tipo de herramientas, y su aplicación en los sistemas de Justicia actuales en el marco del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Repárese que – a día de hoy – el desarrollo de los algoritmos no son ajenos a los prejuicios y sesgos de género. Por tanto, bajo una aparente neutralidad tecnológica se corre el riesgo de elaborar decisiones judiciales discriminatorias por razón de sexo. Desde estas premisas, la Carta de Derechos Digitales elaborada a partir del Grupo asesor de Expertas y Expertos constituido por la Secretaria de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial (julio de 2021), se erige en un instrumento idóneo a partir del cual revisar las garantías constitucionales y jurisdiccionales, y específicamente su eficacia normativa para la tutela de derechos como la igualdad y no discriminación en el entorno digital, la neutralidad tecnológica, los derechos ante la inteligencia artificial, así como los derechos digitales en el empleo de las neurotecnologías.

II.- Objetivos

Sucintamente, los objetivos del presente estudio se podrían sintetizar en los que a continuación se correlacionan:

1. Delimitar conceptualmente qué se entiende por jurimetría analítica y en qué términos dichas herramientas pueden asistir a los sistemas de Justicia.
2. Determinar de qué forma la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) puede verse afectada por las herramientas de jurimetría analítica.
3. Concretar qué papel juegan los algoritmos en las herramientas de jurimetría analítica y de qué forma pueden contribuir a la generalización de la Justicia Predictiva: *pros y contras* de su desarrollo.
4. Definir normativamente la neutralidad tecnológica y con qué derechos encuentra conexión en atención a la Carta de Derechos Digitales.
5. Establecer parámetros concretos para el desarrollo de la neutralidad tecnológica desde la crítica al sistema sexo-género.
6. Revisar el marco de garantías constitucionales y jurisdiccionales a observar en aras de evitar la llamada discriminación algorítmica, sobre todo, en contextos de violencia de género y de discriminación sexista.

III.- Conceptualizaciones

A nivel conceptual resulta basilar clarificar una serie de conceptos que – a priori – pueden parecer extraños al ámbito jurídico, pero cuya vinculación con derechos troncales de nuestro ordenamiento jurídico resulta más que evidente. Piénsese, por citar solo dos ejemplos, en el derecho a la tutela judicial efectiva en el marco del artículo 24 de la CE, o, en su caso, en el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo por *mor* de lo preceptuado en los artículos 14 y 9.2 del texto constitucional. Por tanto, es en el marco de las tutelas y garantías de los derechos fundamentales (y,

constitucionales) donde el desarrollo tecnológico irrumpe con fuerza. De ahí la importancia de clarificar una serie de términos, a saber:

- (a) Carta de Derechos Digitales. Documento elaborado por un Grupo de Expertas y Expertos y aprobada por el Ejecutivo español en julio de 2021 en donde se recoge un elenco de derechos, así como mecanismos de garantías y tutelas que cobran un lugar protagónico en el entorno o espacio digital.
- (b) Derechos Digitales. Derechos cuyo reconocimiento constitucional no son nuevos. La Carta de Derechos Digitales (julio de 2021) deja claro que dicho documento no busca crear nuevos derechos fundamentales, sino “(...) perfilar los más relevantes en el entorno y los espacios digitales o describir derechos instrumentales o auxiliares de los primeros”. Como cabe inferir, la novedad radica en el ámbito digital donde los derechos digitales despliegan su contenido y toda su eficacia. A saber: derecho a la protección de datos, derecho a la identidad en el entorno digital¹, derecho al pseudo-anonimato, derecho a no ser localizado y perfilado, derecho a la seguridad digital, derecho a la herencia digital, derecho a la igualdad y a la no discriminación en el entorno digital, protección de menores en el entorno digital, protección de personas con discapacidad en el entorno digital, protección de las personas mayores en el entorno digital, derecho a la neutralidad de Internet, libertad de expresión y libertad de información, derecho a la participación ciudadana por medios digitales, derecho a la educación digital, derechos digitales de la ciudadanía en sus relaciones con las Administraciones públicas, derechos en el ámbito laboral (desconexión digital, protección de la intimidad en el uso de los dispositivos digitales, intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización, etc.), libertad de empresa en los entornos digitales, derechos digitales en entornos específicos (derechos de acceso a datos con fines de investigación científica, innovación y desarrollo, derecho a un desarrollo tecnológico y a un entorno digital sostenible, derecho a la protección de la salud en el entorno digital, libertad de creación y derecho de acceso a la cultural en el entorno digital, derechos ante la inteligencia artificial y no discriminación algorítmica, derechos digitales en el empleo de las neurotecnologías, etc.), y garantías de los derechos en los entornos digitales.
- (c) Jurimetría Analítica. Término que todavía no aparece recogido ni en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua española, ni en el Diccionario Panhispánico del español jurídico. No obstante, se podría articular una definición contextual en los siguientes términos: herramienta analítica de jurisprudencia que permite definir estrategias procesales a través de indicadores gráficos interactivos basados en el análisis cognitivo de millones de decisiones judiciales (datos). En este sentido, las herramientas de jurimetría analítica aplicadas al ámbito jurídico permiten sistematizar y extraer datos comparativos para encontrar respuestas jurídicas a los casos concretos analizados.
- (d) Algoritmos. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define algoritmo (del lat. tardío* *algotarismus* y del griego *arithmus*, que significa número) – en su primera acepción – en los siguientes términos: “*Conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución a un problema*”. Su relevancia en el ámbito del desarrollo de las tecnologías de la información y comunicación son más que evidentes. De ahí que para la programación

¹ El derecho a la identidad en el entorno digital se encuentra en el apartado II de la Carta de Derechos Digitales. El párrafo 1 dispone: “*El derecho a la propia identidad es exigible en el entorno digital. Esta identidad vendrá determinada por el nombre y por los demás elementos que la configuran de acuerdo con el ordenamiento jurídico nacional, europeo e internacional*”. El precepto alude de forma expresa a las garantías del reconocimiento del derecho a la identidad. En este sentido, se significa que la identidad digital se garantizará de acuerdo al marco jurídico vigente, prohibiéndose que la identidad sea controlada, manipulada o suplantada por terceros contra la voluntad de la persona.

informática los algoritmos sean esenciales. Repárese que un programa informático no es más (ni menos) que una secuencia de instrucciones para que un ordenador realice una serie de tareas a partir de unos valores de entrada. Sobre la delimitación conceptual de “algoritmo” resulta de interés referenciar la clasificación que propone Benítez (2019)² cuando alude a la industria del dato, y diferencia, en un primer momento, algoritmos “deterministas” de “no deterministas”. Asimismo, cuando cataloga los llamados “algoritmos sociales” vinculándolos con la comunicación estigmérica. Esto es, que facilita la colaboración entre individuos sin necesidad de planificación o poder central. En cualquier caso, a tenor de los objetivos marcados en el presente estudio, la relevancia jurídica de los algoritmos pasa por analizar las consecuencias jurídicas susceptibles de acarrear la automatización de decisiones de relevancia jurídica sobre todo en el ámbito del derecho antidiscriminatorio. Téngase en cuenta los efectos jurídicos directos en las personas. Más reciente en el tiempo cabría acudir a la Carta Ética Europea sobre el uso de la Inteligencia Artificial³ en los sistemas judiciales de 4 de diciembre de 2018. En dicho documento se define algoritmo en los siguientes términos: *“una secuencia finita de reglas formales (operaciones e instrucciones lógicas) que permiten obtener un resultado de la entrada inicial de información. Esta secuencia puede ser parte de un proceso de ejecución automatizado y aprovechar modelos diseñados a través del aprendizaje automático”*.

- (e) Inteligencia Artificial. A falta de una definición académica consensuada, se podría decir que la inteligencia artificial es el resultado de *“(…) la combinación de algoritmos planteados con el propósito de crear máquinas que presenten las mismas capacidades que el ser humano”*⁴. Su objetivo, a priori, es facilitar y automatizar tareas – en este caso concreto – ubicadas en el ámbito de la *praxis* jurídica del foro. En esta línea el Grupo de Expertos-as de IA de la Comisión Europea⁵ ofrece la siguiente definición: sistemas que manifiestan un comportamiento inteligente y, en tal sentido, son capaces de analizar el entorno a los efectos de tomar decisiones. Por su parte, la Carta Ética Europea sobre el uso de la Inteligencia Artificial en los sistemas judiciales de 4 de diciembre de 2018 la define como: *“el conjunto de métodos, teorías y técnicas científicas cuyo objetivo es reproducir, mediante una máquina las habilidades cognitivas de los seres humanos”*.
- (f) Justicia Predictiva. Una definición de justicia predictiva la proporciona el profesor Batelli (2020)⁶ en los siguientes términos: *“La justicia predictiva ha de entenderse como la posibilidad de prever el resultado de un juicio a través de algunos cálculos, en particular predecir la probable sentencia relativa a un caso específico, con el auxilio de algoritmos”*. A mayor abundamiento, para una mayor claridad, precisa: *“(…) El recorrido de la toma de decisiones con la intervención de la Inteligencia Artificial se configura ante todo creando bases de datos que contengan el conjunto de normas; el archivo de la jurisprudencia sobre los precedentes; la predisposición de modelos de redacción judiciales; el uso de un lenguaje*

2 Benítez Eyzaguirre, L. (2019). Ética y transparencia para la detección de sesgos algorítmicos de género. En *Estudios sobre el Mensaje Periodístico*, 25 (3), pp. 1307-1320.

3 Véase *European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment*. En línea. Sitio web: <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>

4 Definición de inteligencia artificial extractada de la web oficial de Iberdrola. Sitio web: <https://www.iberdrola.com/innovacion/que-es-inteligencia-artificial>

5 Véase, Grupo de Expertas-os en IA de la Comisión Europea cuya misión específica es incorporar la estrategia europea sobre la IA. Puede ampliarse información en la siguiente dirección url: <https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20201015STO89417/regulacion-de-la-inteligencia-artificial-en-la-ue-la-propuesta-del-parlamento>. Véase también el Libro Blanco sobre Inteligencia Artificial – un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza, 19 de febrero de 2020. En línea. Sitio web: commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020.es.pdf (europa.eu)

6 Batelli, E. (2020). La decisión robótica: algoritmos, interpretación y justicia predictiva. En *Revisa de Derecho Privado*, n.º 38, pp. 58 y 59.

jurídico predeterminado y vinculado a nivel semántico; la sistematización, identificación e indexación de los contenidos argumentativos”.

- (g) *Big Data Digital* (“grandes datos”). Expresión que busca aunar la información que, debido a su volumen y complejidad, no puede ser procesada o analizada utilizando procesos tecnológicos o herramientas informáticas tradicionales. Las actuaciones que cabría englobar dentro del *Big data digital* serían las siguientes: almacenar, clasificar, analizar y compartir grandes volúmenes de información. El análisis de dicha información sirve de ayuda para conocer hábitos de comportamientos, gustos, inquietudes, miedos, etc. Por tanto, para crear y/o trazar perfiles de comportamiento, preferencias de navegación en internet, etc. Dicho concepto tiene una estrecha vinculación con el de “huella digital” y/o “rastros digitales”.
- (h) *Discriminación Algorítmica*. Su delimitación conceptual pasa por referenciar el apartado VIII de la Carta de Derechos Digitales en donde bajo el rótulo “derecho a la igualdad y a la no discriminación en el entorno digital” se preceptúa lo siguiente: “1. *El derecho y el principio de igualdad inherente a las personas será aplicable en los entornos digitales, incluyendo la no discriminación y la no exclusión. En particular, se promoverá la igualdad efectiva de mujeres y hombres en entornos digitales. Se fomentará que los procesos de transformación digital apliquen la perspectiva de género adoptando, en su caso, medidas específicas para garantizar la ausencia de sesgos de género en los datos y algoritmos usados (...)*”. Para una mayor concreción conceptual cabría referenciar el art. 22.1 del RGPD⁷, precepto que articula una prohibición general de las decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado de datos. En este sentido, estipula “*el derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar*”. Cabe significar que la concreción y el ejercicio de este derecho pasa por instar a los poderes públicos (y, también a particulares) a que se adopten las medidas necesarias para salvaguardar los derechos y libertades de las personas afectadas, así como a exigir el derecho a la intervención humana a fin de garantizar *pro futuro* poder impugnar una determinada decisión. Sobre la materia puede consultarse el trabajo del GT29 de la Comisión Europea bajo el siguiente título: *Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679 (WP251)*. Por su parte, la Carta de Derechos Digitales (julio 2021) reconoce en su parte V el derecho de la persona a no ser localizada⁸ ni perfilada. El párrafo 1 es del siguiente tenor: “1. *La localización y los sistemas de análisis de personalidad o conducta que impliquen la toma de decisiones automatizadas o el perfilado de individuos, o grupos de individuos, únicamente podrán realizarse en los casos permitidos por la normativa vigente y con las garantías adecuadas en ella dispuesta*”.
- (i) *Neutralidad tecnológica*. El artículo 80 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales regula la neutralidad tecnológica. Dispone – en el marco del reconocimiento del derecho a la neutralidad de Internet – lo siguiente: “*Los usuarios tienen derecho a la neutralidad de Internet. Los proveedores de servicios de Internet proporcionarán una oferta transparente de servicios sin discriminación por motivos técnicos o económicos*”. Sobre el derecho a la neutralidad de Internet el apartado XIII de la Carta de Derechos Digitales alude a su reconocimiento y

7 Consultese también el Considerando 71 del RGPD en donde se alude al derecho a recibir una explicación ante las decisiones automatizadas tomadas.

8 Sobre la materia véanse las aportaciones de Torres (2018) sobre anonimato situacional en Torres Díaz, M. C. (2018). Privacidad y geolocalización: ¿Un binomio incompatible? Análisis desde la fundamentalidad de los derechos afectados. En *Papeles el tiempo de los Derechos*. Huri-Age Consolider Ingenio 2010, n.º 6, 2018.

conceptualización como derecho. Dispone: “1. Se reconoce el derecho de los usuarios a la neutralidad de Internet con plena sujeción al ordenamiento jurídico”. En el marco de dicho reconocimiento se insta a los poderes públicos a garantizar que los proveedores de servicios de acceso a Internet traten el tráfico de datos de manera equitativa sin discriminación, restricción o interferencia, e independientemente del emisor y el receptor.

Desde esta – sucinta – aproximación conceptual, procede analizar críticamente de qué forma los sistemas de Justicia Predictiva – mediante la utilización de herramientas de inteligencia artificial y algoritmos – pueden perpetuar situaciones discriminatorias derivadas del sistema sexo-género. A su vez, la razón de la presente comunicación no es otra que reflexionar sobre las garantías constitucionales y jurisdiccionales disponibles ante el desarrollo de herramientas de jurimetría analítica en donde no solo el derecho a la igualdad y no discriminación por razón puede verse afectado (que también), sino otros derechos como el derecho a la tutela judicial efectiva en sus diferentes dimensiones, a saber: derecho de acceso a la Justicia, presunción de inocencia, intimidad y protección de datos, etc. Junto a lo anterior, en la presente comunicación se incorporan breves apuntes ante posibles obstáculos y/o resistencias. Repárese que en materia de derechos y, en concreto, de derechos en el entorno digital, los derechos valen lo que valen sus mecanismos de defensa, garantías y tutelas.

IV.- Contexto normativo

El contexto normativo en el que se enmarca la presente comunicación – en materia de derechos en el entorno digital – y, en concreto, en materia de garantías y tutelas ante los retos jurídicos que plantea la implementación de la llamada Justicia Predictiva, téngase en cuenta el marco constitucional brevemente referenciado, así como el desarrollo normativo infraconstitucional derivado. Asimismo, repárese en lo dispuesto a nivel internacional en materia de protección de derechos humanos y europeo. En lo que atañe a la normativa europea (Directivas) cabrían citar las siguientes: Directiva 2000/43/CE (igualdad racial); Directiva 2000/78/CE (igualdad de trato en el empleo); Directiva 2006/54/CE (igualdad de mujeres y hombres); Directiva 2004/113/CE (igualdad de acceso a bienes y servicios), en el marco de la tutela antidiscriminatoria.

A nivel interno, si bien es el texto constitucional el que marca las líneas a seguir (arts. 1.1, 9.2, 10.1, 10.2, 14, 18, 96, entre otros), también la Carta de Derechos Digitales (julio 2021) resulta nuclear. Máxime a tenor de lo preceptuado en el artículo 18 de la CE cuyo apartado 4 es del siguiente tenor: “(...) 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”. Junto a este precepto, otros cobran notoriedad en materia de garantías (arts. 53 CE y 54 de la CE).

Desde el punto de vista del desarrollo infraconstitucional, el siguiente elenco resulta importante a efectos de observar la evolución en el abordaje jurídico sobre la materia:

- Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
- Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación.
- Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de comercio electrónico.
- Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
- Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres.
- Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

- Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual.
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de Trabajadores. Los artículos 4.2.c) y 17 en materia de prohibición de no discriminación en las relaciones laborales son claves en atención a la materia.
- Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Téngase en cuenta lo dispuesto en el artículo 9.1 de la ley referenciada. Preceptúa: “(...) a fin de evitar situaciones discriminatorias, el solo consentimiento del afectado no bastará para levantar la prohibición del tratamiento de datos cuya finalidad principal sea identificar su ideología”.
- Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de marzo, de trabajo a distancia.
- Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia.
- Real Decreto 1069/2021, de 4 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024.

Mención especial, requiere la reciente Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la Igualdad de Trato y la Discriminación. Su artículo 3.1, apartado o), relativo al ámbito objetivo de aplicación resulta clave. En dicho apartado se recoge de forma expresa que el ámbito objetivo de aplicación se extiende a la inteligencia artificial y gestión masiva de datos, así como a otras esferas de análoga significación. Sin perjuicio de lo expuesto, otro precepto que cobra un lugar protagónico – en atención a la materia objeto de análisis – es el artículo 23 de la norma mentada. Bajo la rúbrica “*Inteligencia artificial y mecanismos de toma de decisión automatizados*” dispone:

- *1.- En el marco de la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial, de la Carta de Derechos Digitales y de las iniciativas europeas en torno a la Inteligencia Artificial, las administraciones públicas favorecerán la puesta en marcha de mecanismos para que los algoritmos involucrados en la toma de decisiones que se utilicen en las administraciones públicas tengan en cuenta criterios de minimización de sesgos, transparencia y rendición de cuentas, siempre que sea factible técnicamente. En estos mecanismos se incluirán su diseño y datos de entrenamiento, y abordarán su potencial impacto discriminatorio. Para lograr este fin, se promoverá la realización de evaluaciones de impacto que determinen el posible sesgo discriminatorio.*
- *2.- Las administraciones públicas, en el marco de sus competencias en el ámbito de los algoritmos involucrados en procesos de toma de decisiones, priorizarán la transparencia en el diseño y la implementación y la capacidad de interpretación de las decisiones adoptadas por los mismos.*
- *3.- Las administraciones públicas y las empresas promoverán el uso de la Inteligencia Artificial ética, confiable y respetuosa con los derechos fundamentales, siguiendo especialmente las recomendaciones de la Unión Europea en este sentido.*
- *4.- Se promoverá un sello de calidad de los algoritmos.*

El elenco normativo – sucintamente – referenciado obliga a reflexionar sobre los riesgos y desafíos para los derechos fundamentales (y, constitucionales) de los algoritmos y de la inteligencia artificial en el contexto digital actual. Riesgos y desafíos que no impiden ser conscientes, a su vez, que en tanto que herramientas tecnológicas facilitan determinadas gestiones y asisten a las personas, empresas e instituciones en las tareas del día a día.

Extrapolando estas consideraciones al ámbito específico de la Justicia Predictiva, qué duda cabe que las herramientas de IA basadas en algoritmos obligan a tener presente una serie de principios en su configuración y diseño. Principios vinculados con derechos. Más concretamente, con derechos troncales y nucleares desde el punto de vista del reconocimiento de la subjetividad jurídica y política de los sujetos de derecho.

V.- Aspectos conflictivos

Teniendo en cuenta lo expuesto, en las presentes líneas se referencian algunos de los aspectos conflictivos más relevantes que la inteligencia artificial y los algoritmos plantean al diseño e implementación de la llamada Justicia Predictiva. Todo ello, básicamente, desde el marco del derecho antidiscriminatorio y la tutela judicial efectiva. Obviamente, los conflictos y dudas que surgen requieren de respuestas jurídicas garantes a tenor de los derechos susceptibles de afectación.

En materia de discriminación algorítmica, a modo de síntesis, se referencian dos ejemplos de situaciones de discriminación que cuentan con recientes pronunciamientos judiciales, a saber:

- (1) Sentencia del Tribunal Ordinario de Bolonia, de 31 de diciembre de 2020⁹. Demanda contra Deliveroo Italia SRL por discriminación en las condiciones de acceso al trabajo por parte de *riders*. La sentencia se pronuncia sobre discriminación algorítmica. El Tribunal considera probados la existencia de criterios discriminatorios ejecutados por la empresa Deliveroo a través de algoritmos. Se está, por tanto, ante un caso de discriminación indirecta algorítmica.
- (2) Sentencia de la Haya, caso SYRI (*System Risk Indication*), de 5 de febrero de 2020¹⁰. El Tribunal anula la recopilación de datos y la elaboración de perfiles de riesgos de ciudadanas y ciudadanos holandeses para detectar fraudes en la Seguridad social. Se está, de nuevo, ante un supuesto de discriminación indirecta algorítmica.

Junto a las sentencias anteriores, a efectos de determinar cuál es el estado de la cuestión, resulta importante correlacionar una serie de algoritmos que actualmente son utilizados en España por las administraciones públicas y cuyos resultados (decisiones administrativas) afectan a personas (tienen efectos constitutivos y no meramente descriptivos) en áreas tales como la protección de las víctimas en contextos de violencia de género, la probabilidad de reincidencia en casos de personas privadas de libertad, la evaluación del grado de credibilidad de las denuncias, la evaluación para resolver prestaciones sociales, etc. Se trata, por tanto, de algoritmos que, a tenor de la normativa actual, requieren ser utilizados con la mayor transparencia y bajo el principio de la rendición de cuentas. En tal sentido, se hace necesario poner a conocimiento a la ciudadanía el código de estos algoritmos para evitar situaciones abusivas y decisiones administrativas que puedan ser discriminatorias por razón de sexo. Asimismo, se hace necesario articular mecanismos de auditorías externas a efectos de poder detectar posibles sesgos discriminatorios. Como ejemplo de sistemas basados en algoritmos, véanse:

- (1) Sistema VioGèn: sistema utilizado para la evaluación del riesgo de las víctimas de violencia de género, así como la evolución del mismo. Los resultados que arroja (riesgo no apreciado, bajo, medio, alto y extremo) resultan clave a la hora de la adopción de medidas de protección. De ahí la importancia de evaluar y valorar – desde un análisis sensible al género – posibles asimetrías de poder socio-sexual en el diseño de los algoritmos.
- (2) RisCanvi: sistema empleado por el sistema penitenciario en Cataluña que calcula la probabilidad de reincidencia de las personas privadas de libertad.

9 Puede consultarse la sentencia en la siguiente dirección url: <https://www.algoritmolegal.com/wp-content/uploads/2021/01/Sentencia-Bologna-Italia-Deliveroo-dic-2020-Original-italiano.pdf>

10 Puede consultarse la sentencia en la siguiente dirección url: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2020:865>

- (3) VeriPol: sistema de procesamiento del lenguaje y aprendizaje automático que evalúa y puntúa el tono de la voz y la forma de expresarse a los efectos de detectar posibles denuncias falsas.
- (4) ISSA: chatbot de la Seguridad Social utilizado para tomar decisiones en el reconocimiento de prestaciones sociales.
- (5) BOSCO: sistema que regula el bono social para el pago de la factura de la luz. Sistema que revisa las solicitudes presentadas y decide el resultado.

Se observa, sin duda, como la utilización de herramientas de inteligencia artificial (IA) basados en algoritmos constituye toda una realidad tanto en el ámbito público como privado. De ahí la importancia de tener en cuenta elementos o *ítems* que permitan identificar – durante el diseño y posterior implantación – posibles sesgos discriminatorios, así como posibles efectos adversos en el ejercicio de derechos tan basilares como la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

VI.- Consideraciones finales

A tenor de los objetivos formulados inicialmente, procede – en estos momentos – formular una serie de consideraciones finales:

1. Resulta evidente que el desarrollo de técnicas y sistemas de jurimetría analítica constituyen un avance importante en la dimensión más práctica de la impartición de Justicia en la medida que facilitan y agilizan dicha gestión. No obstante, dichos sistemas y técnicas deben asistir, que no sustituir, la actuación del juzgador y/o juzgadora. Repárese en los siguientes principios constitucionales: imparcialidad, independencia judicial, etc. Así como en facetas del derecho a la tutela judicial efectiva como el derecho al juez-za predeterminado por la ley, el derecho a la motivación de las sentencias, etc., que pueden verse afectados.
2. A tenor de lo anterior, el diseño de los algoritmos y su utilización en sistemas de inteligencia artificial no deben permanecer ajenos a las estructuras de poder socio-sexual del sistema sexo-género, así como a otros supuestos de discriminación que se dan actualmente (directa o indirectamente) a nivel social. La formación en la materia resulta básica (Torres, 2017)¹¹, así como contar con mecanismos de auditoría y evaluación externas.
3. Se hace necesario tener en cuenta lo regulado normativamente sobre la materia. Especialmente, lo recogido en la llamada Carta de Derechos Digitales a efectos de poder adecuar la normativa vigente (principio de legalidad) a los criterios e *ítems* establecidos en aras de hacer realidad aspectos tan importantes en jurimetría analítica, como evaluación externa y rendición de cuentas.
4. Mención aparte requieren las herramientas de “Justicia Predictiva” basada en algoritmos e inteligencia artificial. Hablar de predicción es pensar en futuro sobre hechos y actuaciones que no han acaecido. De ahí que las cautelas deban ser máxima a la hora del diseño de dichas herramientas. Herramientas que no pueden ser ajenas al sistema sexo-género y a las estructuras de poder socio-sexual inherentes, así como otras formas abusivas de poder

11 Torres Díaz, M. C. (2017). El sustento constitucional de la impartición de Justicia desde la perspectiva de género. En el monográfico “Mujer y Constitución”, de la *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, n.º 10, diciembre 2017, pp. 181-214.

(discriminación estructural) derivado de otros factores. Máxime si lo que se persigue es que dichas “predicciones” sustenten resoluciones judiciales con efectos directos en las personas y, por ende, en sus derechos más esenciales (fundamentales y/o constitucionales).

Los aspectos, brevemente apuntados en la presente comunicación, evidencian la importancia de la Inteligencia Artificial y el desarrollo de los algoritmos en el momento actual. Importancia que se traslada al ámbito jurisdiccional y, en concreto, al ámbito de la aplicación e interpretación normativa a través de las herramientas que tratan de hacer realidad la llamada Justicia Predictiva. Las cautelas y los mecanismos de garantías deben ser escrupulosamente analizados y supervisados desde la sistemática jurídico-constitucional. En este punto, principios, valores y derechos constitucionales deben ser observados y evaluados jurídicamente a tenor de las garantías normativas y jurisdiccionales articuladas en el propio texto constitucional (arts. 53, 54, 161 CE, entre otros). Sirvan como ejemplo las garantías normativas de la reserva de ley, contenido esencial, control jurisdiccional de constitucional, así como otros más concretos como el amparo constitucional, recurso de inconstitucionalidad, etc.

Obsta señalar, finalmente, que las cuestiones apuntadas serán objeto de profundización en futuras investigaciones teniendo en cuenta la relevancia constitucional de la materia. Repárese en el propio título de la comunicación “Garantías constitucionales y jurisdiccionales ante el desarrollo de herramientas de jurimetría analítica”. Título que obliga a un análisis monográfico sobre la materia en atención a futuros pronunciamientos judiciales.

VI.- Bibliografía

- Batelli, E, (2020). La decisión robótica: algoritmos, interpretación y justicia predictiva. En *Revista de Derecho Privado*, n.º 38, pp. 58 y 59.
- Benítez Eyzaguirre, L. (2019). Ética y transparencia para la detección de sesgos algorítmicos de género. En *Estudios sobre el Mensaje Periodístico*, 25 (3), pp. 1307-1320.
- Carta de Derechos Digitales (julio 2021). https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf
- Comisión Europea. Libro Blanco sobre Inteligencia Artificial – un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza, 19 de febrero de 2020. En línea. Sitio web: commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_es.pdf (europa.eu)
- *European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment*. En línea. Sitio web: <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>
- Torres Díaz, M. C. (2018). Privacidad y geolocalización: ¿Un binomio incompatible? Análisis desde la fundamentalidad de los derechos afectados. En *Papeles el tiempo de los Derechos*. Huri-Age Consolider Ingenio 2010, n 6, 2018.
- Torres Díaz, M. C. (2017). El sustento constitucional de la impartición de Justicia desde la perspectiva de género. En el monográfico “Mujer y Constitución”, de la *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, n.º 10, diciembre 2017, pp. 181-214.